Cícero Robson
COIMBRA NEVES

Marcello
STREIFINGER

Manual de

DIREITO PENAL MILITAR

SOBRE OS AUTORES

CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES é Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP) de São Paulo. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Diplomado Internacional em Direitos Humanos pela *Universität Heidelberg* e pelo *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*. Professor de Direito Penal Militar na Academia de Polícia Militar do Barro Branco e de Justiça Militar e Polícia Judiciária Militar no Centro de Altos Estudos de Segurança (CAES) da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

MARCELLO STREIFINGER é Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança (CAES) da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP) de São Paulo. Professor de Polícia Judiciária Militar no Centro de Altos Estudos de Segurança (CAES) da Polícia Militar do Estado de São Paulo e de Direito Penal Militar na Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Major da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP

CEP 05413-909

PABX: (11) 3613 3000

SACJUR: 0800 055 7688

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse: www.saraivajur.com.br

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Antártica, 92 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

AGRADECIMENTOS

Ao nosso Deus, Todo-Poderoso, por ter-nos premiado com o sopro da vida.

Aos nossos pais, Carneiro, “Dilma”, Jorge e Marilena, que nos conceberam e forjaram nosso caráter com extrema dignidade.

Às nossas esposas, Luciana e Ana Rita, e aos nossos filhos, Carolina (“Cacá”), Victor, Izabella, Matheus e Lucas, que sempre nos apoiaram e, acima de tudo, compreenderam nossas ausências em vários momentos durante a elaboração deste trabalho.

Ao caríssimo Professor Sérgio Roberto Dias, exemplo ilibado na docência deste País, cuja amizade e incentivo foram decisivos para nossa empreitada.

Ao brilhante professor Oswaldo Henrique Duek Marques, cujas lições, verdadeiras fontes inspiradoras, foram fundamentais na realização desta obra.

Ao Ministro do Superior Tribunal Militar Carlos Alberto Marques Soares, fonte inesgotável de ensinamentos, que nos motiva ao estudo detalhado do Direito Penal Militar.

Ao amigo, professor e incentivador Ronaldo João Roth, que não poupou seu tempo em nos orientar, demonstrando seu espírito incansável na busca do engrandecimento do Direito.

Ao bravo Professor Jorge Cesar de Assis de quem somos fiéis escudeiros no combate ao "ostracismo" do Direito Penal Militar.

Ao distinto Professor Cláudio Amin Miguel, cujas lições inovadoras no Direito Penal Militar têm inspirado nosso raciocínio, contribuindo imensamente para o nosso crescimento intelectual.

Aos amigos de todas as horas, André Vinícius de Almeida, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, Reinaldo Zychan de Moraes, Alexandre Henriques da Costa e Abelardo Júlio da Rocha, pelo apoio incondicional.

Aos queridos amigos e alunos por instigar-nos a ingressar nesta jornada.

SUMÁRIO

CAPÍTULO II

2.1.3.4. Funcionalismo penal

A) O funcionalismo penal de Claus Roxin

B) O funcionalismo penal de Günther Jakobs

C) Günther Jakobs e o Direito Penal do inimigo

2.1.3.5. A exaltação da "revolução welzeniana": o finalismo como sistema reitor e seu conceito analítico de crime

A) Modelo adotado pelo Código Penal Militar

B) O modelo adotado no Código Penal comum

C) A negação do funcionalismo como modelo reitor para o Estado Democrático de Direito

D) O Direito Penal Militar e a possibilidade de aplicação de uma moldura finalista

2.1.3.6. Elementos do conceito analítico de crime segundo o finalismo

A) Tipo de injusto: o fato típico

a) Ação humana

— Teoria causal da ação

— Teoria finalista da ação

— Teoria social da ação

— Outras teorias da ação

b) Resultado

c) Relação de causalidade

— Teoria da equivalência dos antecedentes (teoria da *conditio sine qua non*)

— Teoria da adequação

— Teoria da relevância jurídica

— Teoria da imputação objetiva do resultado

— Nexo causal nos crimes omissivos

d) Tipo penal (tipo legal ou tipicidade em sentido estrito)

— Escorço histórico da teoria da tipicidade

— Tipo penal militar comissivo doloso

— Tipo penal militar omissivo

— Tipo penal militar culposo

— Tipo legal do crime militar: as hipóteses do art. 9º do CPM

— Os crimes militares dolosos contra a vida de civis

— Os crimes militares em tempo de guerra

— Tipicidade como critério de diferenciação entre crime militar e crime comum: esquema elucidativo

— Concurso de pessoas no Direito Penal Militar

B) Tipo de injusto: a antijuridicidade

a) Escorço histórico

b) Antijuridicidade, injusto e antinormatividade

c) Antijuridicidade ou ilicitude?

d) Antijuridicidade penal e extrapenal

e) Antijuridicidade material e formal

f) Desvalor da ação e desvalor do resultado

g) Excludentes de antijuridicidade no Código Penal Militar

— Estado de necessidade

— Legítima defesa

— Estrito cumprimento do dever legal

— Exercício regular de um direito

— Uso necessário da força para compelir subordinado

— Consentimento do ofendido

— Excesso nas causas justificantes

C) Culpabilidade

a) Teorias da culpabilidade e os modelos penais

— Teoria psicológica da culpabilidade

— Teoria psicológico-normativa da culpabilidade

— Teoria normativa pura da culpabilidade

b) Imputabilidade

— O problema da maioridade penal no Código Penal Militar ou o Direito Penal Militar Junevil (?)

— Embriaguez e seu tratamento no Código Penal Militar

CAPÍTULO III

CAPÍTULO I

CAPÍTULO II

CAPÍTULO III

CAPÍTULO IV

CAPÍTULO V

CAPÍTULO VI

CAPÍTULO IX

PREFÁCIO

Com muita alegria aceitei o convite para prefaciar a obra intitulada *Manual de Direito Penal Militar*, de autoria de Cícero Robson Coimbra Neves, Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo, e de Marcello Streifinger, Major da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Os autores são também Professores de *Direito Penal Militar* na Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB), no Curso de Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública, bem como lecionam a matéria *Polícia Judiciária Militar*, no Centro de Altos Estudos de Segurança (Caes) e no Curso de Mestrado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública.

Minha satisfação em prefaciar esta obra é redobrada. Por um lado, pelo aspecto pessoal e acadêmico. Conheci um dos autores, Cícero Robson Coimbra Neves, no curso de pós-graduação em Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Ao final desse curso, fui o orientador de sua monografia final – *Erro de direito no Código Penal Militar.* Posteriormente, no curso de pós-graduação em Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, tive a oportunidade de ser novamente seu orientador, dessa vez em dissertação de mestrado, a respeito da *Omissão penalmente relevante*. Esses anos de convivência acadêmica nos propiciaram não só profícuo diálogo científico como também a construção de sólida amizade.

Por outro lado, pela importância dos temas abordados. Em 2005, os autores publicaram o primeiro volume do livro *Apontamentos de Direito Penal*

Militar, pela renomada *Editora Saraiva*, por mim também prefaciado, que teve um segundo volume editado em 2007, pela mesma editora, referente à Parte Especial do Direito Penal Militar. Considero essas obras modelo de orientação aos profissionais e estudiosos em Direito Penal, principalmente pelas diferenças mostradas entre o Direito Penal Comum – *a partir da Reforma Penal de 1984* – e o Direito Penal Militar. Como comentado em meu prefácio anterior, tais diferenças decorrem, essencialmente, dos bens jurídicos protegidos no ordenamento jurídico militar, quais sejam, a disciplina e a hierarquia, que norteiam a própria conceituação dos crimes militares.

O livro ora prefaciado é uma ampliação significativa das referidas obras e fruto de reflexões e aprofundamento dos estudos, nesses últimos anos, dos temas nelas contidos. A obra atual encontra-se arrimada em ampla jurisprudência, em especial do Superior Tribunal Militar e dos demais Tribunais Militares, de grande interesse para os estudiosos no âmbito acadêmico e profissional.

O estudo é dividido em duas partes: *Parte Geral* e *Parte Especial* do Código Penal Militar. Inicia-se a primeira parte a partir da História do Direito Penal Militar no Brasil, com considerações acerca desse ramo do Direito. Nessa parte geral do estudo, merecem destaque a análise das finalidades e a aplicação da pena, do conceito de delito militar e dos princípios norteadores e limitadores do direito de punir no âmbito da legislação castrense.

No tocante à classificação dos crimes, cabe ressaltar a distinção contida no trabalho entre os crimes própria e impropriamente militares. Dessa ótica, os autores analisam com profundidade o art. 9º do Código Penal Militar, que estabelece tal distinção. Importante ainda ressaltar o estudo desenvolvido na *Parte Geral* da obra sobre a noção de responsabilidade e culpabilidade no âmbito do Direito Penal Militar e sua distinção do Direito Penal Comum.

Quanto à *Parte Especial*, na obra anterior, *Apontamentos de Direito Penal Militar,* havia comentários até o art. 204 do Código Penal Militar. Já na presente obra, houve significativa extensão da *Parte Especial*, que se tornou completa, com reflexões e aprofundamento dos estudos, fruto de dedicação e significativa pesquisa dos autores. A segunda parte da obra é dedicada aos crimes

militares em espécie, com análise exaustiva dos crimes militares em tempo de paz e com os breves comentários dos crimes militares em tempo de guerra.

Assim como na obra anterior, este Manual focaliza as diferenças substanciais entre o Direito Penal Comum e o Direito Penal Militar, decorrentes dos bens jurídicos protegidos no âmbito do ordenamento jurídico militar, quais sejam, a hierarquia e a disciplina como expressão máxima e necessária das funções constitucionais atribuídas às Forças Armadas e às Polícias Militares, bem como aos Corpos de Bombeiros Militares. Já no âmbito do Direito Penal Comum, a garantia da liberdade afigura-se predominante. Tais distinções, como se demonstra neste livro, devem ser consideradas na configuração dos crimes militares, com arrimo nos princípios e garantias fundamentais contidos na Constituição Brasileira de 1988, posterior ao Código Penal Militar vigente.

Por todos esses motivos, meu contentamento em prefaciar esta magnífica obra, de grande interesse, não só para a esfera acadêmica, como também para os profissionais que militam na área penal, tanto na advocacia quanto nas várias carreiras jurídicas.

Oswaldo Henrique Duek Marques

Procurador de Justiça aposentado e Professor Titular de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

NOTA DOS AUTORES

Em 2005, empolgados por nossas aulas na Academia de Polícia Militar do Barro Branco, lançamos a primeira edição do volume I da obra *Apontamentos de Direito Penal Militar*, com comentários à Parte Geral do Código Penal Militar, o que ocorreu de forma despretensiosa, sem que desejássemos fazer de nossos pensamentos verdades incontestes.

Na sequência, evoluindo em nosso estudo, no ano de 2007, lançamos o volume II da referida obra, com comentários a alguns crimes em espécie, também de forma inaugural e despretensiosa, ou seja, buscando apenas uma análise voltada à introdução do Direito Castrense, útil ao graduando e ao operador desse ramo do Direito.

Pelo dinamismo do Direito Penal Militar, aliás, como ocorre com o Direito em geral, o primeiro volume merecia uma revisão buscando sua atualização e ampliação. Ademais, o segundo volume, no projeto inicial, não alcançou todos os delitos, de sorte que era necessária sua complementação.

Nesse contexto, trabalhávamos na revisão do volume I e na complementação do volume II, quando surgiu a ideia de que a obra, agora completa e atualizada, fosse condensada em um único volume, que, apesar de consistir em uma robusta edição, iria facilitar extremamente o manuseio e a interação de assuntos. Surgiu, assim, esta edição, para a qual resolvemos alterar o título original, por entender que, desta vez, há uma proposta mais completa, embora, como saibamos, a cada edição de uma obra sempre é possível

complementá-la.

Na obra como um todo, não houve a pretensão de ensinar de forma impositiva nossa visão sobre o Direito Penal Castrense, mas apenas de expor as ideias de forma muito pragmática, sem esquecer da linguagem jurídica, de sorte que a obra pudesse alcançar seu intento de se tornar uma útil ferramenta ao estudioso e ao aplicador do Direito Penal Militar.

Essa visão, queremos ressaltar, está sujeita, obviamente, às críticas dos nossos leitores, que poderão discordar de alguns pontos consignados. Desde que arrazoadas e com o espírito construtivo, tais argumentações contrárias serão muito bem-vindas e, certamente, se nos convencerem, constarão de futuras edições da obra, podendo inclusive importar em alteração de nosso raciocínio.

A propósito da mudança de posicionamento, nosso crescimento como estudiosos do Direito Penal Militar, que esperamos nunca seja contido, levou-nos a repensar vários pontos, obtendo como resultado a explanação de outras correntes possíveis, ainda que mantendo a nossa visão, e, em alguns casos, até mesmo a alteração do que consignamos nas edições anteriores, visto que, assim como se atribui ao pensamento de Blaise Pascal, não temos vergonha de mudar de opinião, uma vez que não temos vergonha de pensar.

Na discussão da Parte Geral, os acréscimos foram vários, podendo-se mencionar, a título de exemplo, a lembrança, durante a discussão do escorço histórico do Direito Penal Militar, do "Pacote de Abril de 1977" – de fundamental importância para a aplicação do Direito Penal Militar em âmbito estadual –, a construção diferenciadora entre interpretação e integração da norma penal militar, sua aplicação em relação às pessoas, abordando o importante tema das imunidades, um estudo mais profundo das penas principais e da aplicação da pena privativa de liberdade.

Na Parte Especial, alguns artigos já comentados no volume II foram revisitados, com alguns acréscimos, em especial de posicionamentos jurisprudenciais. Mas o maior ganho, obviamente, foi o acréscimo dos comentários aos delitos não trazidos pela edição anterior, sendo lançado nosso entendimento sobre os crimes constantes na Parte Especial do Código Penal Militar, a partir do art. 205.

A forma de exposição dos delitos em espécie, com o intuito de facilitar a compreensão do leitor, seguiu a estrutura tradicionalmente encontrada em obras de finalidade semelhante, destinando a cada tipo penal uma análise científica, pela qual se possam detectar os principais elementos distintivos. Frise-se, nesse aspecto, que embora entendamos que o elemento subjetivo dos delitos culposos seja irrelevante, optamos por apreciá-lo, tal como na exposição tradicional da doutrina pátria, em tópico apartado. Assim, sob a rubrica elemento subjetivo, apreciamos tanto o dolo como a culpa.

Com esse livre espírito, lançamos o nosso *Manual de Direito Penal Militar*, esperando, mais uma vez, que as discussões suscitadas possam engrandecer o pensamento e tornar-nos melhores a cada dia.

PRIMEIRA PARTE

COMENTÁRIOS À PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL MILITAR

INTRODUÇÃO

O Código Penal Militar, assim como o Código Penal comum, é dividido em Parte Geral e Parte Especial.

Na Parte Geral, encontramos os dogmas principais para a interpretação e aplicação do Direito Penal Militar, a exemplo de dispositivos de interpretação autêntica, de concepções acerca do dolo e da culpa, do concurso de pessoas, do concurso de crimes etc.

Como veremos, estudar o Direito Penal Militar com base na Parte Geral do Código Penal Militar significa uma saborosa viagem na história do próprio Direito Penal, uma vez que as reformas legislativas impostas ao Direito Penal comum, em sua grande maioria, não atingiram a legislação castrense, tornando-a um verdadeiro registro histórico da evolução do Direito Penal.

No entanto, para compreender exatamente alguns dispositivos, é preciso fazer certos comentários introdutórios ao Direito Penal Militar, a exemplo do escorço histórico da legislação, da sedimentação de alguns princípios e da concepção de bem jurídico penal militar, o que, sem mais demora, iniciaremos.

CAPÍTULO I

HISTÓRICO E CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL MILITAR

1.1. Esboço geral

A história do Direito Penal Militar, como é evidente, aproxima-se, em sua origem, do Direito Penal comum, porquanto a cisão hoje encontrada nem sempre foi tão abrupta.

Nesse sentido, não é possível afastar as clássicas lições já sedimentadas em nossa doutrina, as quais, a exemplo do saudoso Mirabete, dividem o Direito Penal em fases acentuadas por características culturais de certa forma integradas, levando à compreensão da existência de um período primitivo, fase de vingança, Direito Penal Hebreu, Direito Penal Romano, Direito Penal Germânico, Direito Canônico, Direito Medieval, Período Humanitário, Escola Clássica, Escola Positiva etc.[1]. Outros, como Duek Marques, encontram no Correcionalismo, de Dorado Montero e de Concepción Arenal, e na Nova Defesa Social, de Marc Ancel, referência obrigatória na compreensão exata da evolução da atual dogmática penal e principalmente em um criterioso e fenomenal estudo acerca dos fundamentos e da finalidade da pena[2]. Não se pode negar, ao menos sob a imposição de princípios, a influência dos movimentos de política criminal supracitados, sobretudo por não haver fato isolado marcante que tenha levado à bifurcação do Direito Penal em comum e

militar.

O traço de tais fases – como preferem alguns, Escolas Penais – é muito bem esmiuçado pela doutrina penal comum, razão por que não nos dedicaremos a tal missão. Assim, passaremos a focar o conteúdo histórico do Direito Castrense**[3]**, que obviamente resvalará no Direito Penal comum.

Ainda que não se possa definir com exatidão o momento em que surgiu um Direito voltado à atividade bélica, pode-se, em linhas gerais, afirmar ter sido em tempos remotos, acompanhando o aparecimento dos primeiros exércitos. A estes se segue a criação de um órgão julgador especializado na apreciação dos crimes praticados em tempo de guerra, no sítio das operações bélicas.

Por essa razão, Ronaldo Roth, em profundo estudo, ensina que o estabelecimento da Justiça Militar data também da "antiguidade e vem precedido, na história dos povos, da existência do Exército constituído para a defesa e expansão de seu território"**[4]**.

Essa também é a visão de Univaldo Corrêa, para quem a Justiça Militar deu os primeiros passos obviamente em virtude do surgimento de um direito substantivo específico para a atividade beligerante, "quando o homem entrou na faixa das conquistas e das defesas para o seu povo", mesmo porque sentiu "necessidade de contar, a qualquer hora e em qualquer situação, com um corpo de soldados disciplinados, sob um regime férreo e com sanções graves e de aplicação imediata"**[5]**.

Pode-se concluir, portanto, que o Direito Penal Militar, em que pese a influência dos movimentos condicionantes do Direito Penal comum, desenvolve-se paralelamente e ganha notoriedade com o início da atividade bélica, exigindo, por consequência, a apreciação do fato crime por ângulo diverso, o que resultou na origem da Justiça Militar.

Surge, pois, o primeiro problema a ser contornado, qual seja a definição temporal do início da atividade bélica pelo ser humano. Obviamente, o problema não comporta resposta única, variando de acordo com a perspectiva do analista.

É possível considerar o homem, por exemplo, um ser ontologicamente belicoso, o que permitiria afirmar que desde a formação do primeiro aglomerado humano pode-se distinguir o delito cometido contra os pares do cometido contra o inimigo, em atividade de repulsa à agressão do grupo hostil.

Deve-se, então, invocando o bom-senso, entender que há períodos da evolução humana que marcam o Direito Penal Militar, a iniciar pela Antiguidade, cujos fatos decisivos foram o surgimento das Cidades-Estados e, com elas, a criação dos Exércitos de caráter permanente.

Nessa esteira, como observa Edgard Chaves Júnior**[6]**, pode-se apontar como primeiro Exército organizado aquele que surgiu na Suméria, cerca de 4.000 a.C, sendo, porém, a beligerância romana crucial para o desenvolvimento do Direito Castrense.

Sem embargo, o Império Romano consagrou-se, nos dizeres de Laurand**[7]**, por uma *coragem disciplinada*, o que conduz à reflexão, em complemento ao acima já evidenciado, a propósito de quatro elementos: Cidades-Estados, Exércitos permanentes, expansionismo e disciplina.

Dessa mistura de elementos, concatena-se o raciocínio de que uma sanha expansionista-imperialista leva a uma circunstância de perene prontidão dos Exércitos, transformando-os em instituições permanentes, formados e estruturados sob rígida disciplina. Todo cidadão era, por conseguinte, um soldado.

Natural, portanto, que houvesse a idealização de delitos próprios da atividade bélica, o que, sem sombra de dúvida, impulsionou a relevância do Direito Penal Militar.

Assentindo na relevância inquestionável do Direito Romano, Loureiro Neto sustenta haver evidências históricas de que outras civilizações da Antiguidade (Índia, Pérsia, Atenas, Macedônia e Cartago) “conheciam a existência de certos delitos militares, e seus agentes eram julgados pelos próprios militares”**[8]**, mas somente em Roma o Direito Penal Militar adquiriu autonomia; por essa razão, expõe resumidamente a evolução histórica em quatro fases:

1ª) época dos reis, em que os soberanos concentravam em suas mãos todos os poderes, incluído o de julgar;

2ª) fase em que a Justiça Militar era exercida pelos cônsules, com poderes de *imperium majus*, havendo abaixo deles o tribuno militar, que possuía o chamado *imperium militae*, simbolizando a dupla reunião da justiça e do comando;

3ª) época de Augusto, em que a Justiça Militar era exercida pelos prefeitos do pretório, com jurisdição muito ampla; e

4ª) época de Constantino, em que foi instituído o *Consilium*, com a função de assistir o juiz militar, sendo sua opinião apenas consultiva.

Para os romanos, certos crimes cometidos em batalha significavam o estigma da infâmia e poderiam ser punidos com bastonadas até a morte**[9]**.

Compreensão não muito diferente tinham os gregos, sobretudo os atenienses e os espartanos, já que a preparação bélica era parte da formação de todo cidadão, que se configurava um soldado da pátria, sendo o ato de guerrear atividade nobre, digna da interferência dos deuses. Assim nos relatam os filósofos contemporâneos de Sócrates, em cuja apologia demonstravam a sua preocupação com a formação bélica, muitas vezes negligenciada pelos sofistas**[10]**. Nessa vertente também Chrysólito Gusmão, ao afirmar que os gregos tinham uma "concepção diferenciada e específica dos delitos militares, devido ao fato, principalmente, de que todo cidadão era considerado soldado da pátria"**[11]**.

A essa verdadeira cultura da guerra deve-se somar a influência marcante, na Antiguidade, de crenças religiosas. Tome-se como exemplo, ainda na Grécia, a situação de Atenas, onde, segundo relatos, os atos indignos nos campos de batalha poderiam ser apenados com a morte. Fustel de Coulanges**[12]** menciona em sua obra caso de generais atenienses que, mesmo vitoriosos, foram executados por negligenciarem no trato de seus mortos em combate, ao abandoná-los no sítio dos acontecimentos, impedindo assim que fossem enterrados em solo pátrio.

Feito o esboço da Antiguidade, tem-se como próximo marco neste estudo, como indica, ainda, Loureiro Neto**[13]**, a Revolução Francesa, que

sacramentou os princípios da jurisdição militar moderna, ao regulamentar as relações entre o poder militar e o poder civil. A máxima atribuída a Napoleão condensa a importância fundamental da manutenção da disciplina e, por consequência, de forte instrumento de controle das tropas militares. Dizia ele que a "disciplina é a primeira qualidade do soldado; o valor é apenas a segunda"**[14]**.

Há que questionar, por derradeiro, se algum outro fenômeno histórico influenciou e influencia o Direito Penal Militar na Idade Contemporânea.

Não se pode encerrar esse contexto geral sem que se aponte o terror imposto ao povo norte-americano naquele medonho 11 de setembro de 2001.

Ainda que costumeiramente se enxergue tal episódio por ângulo diverso do que aqui se propõe – por enquanto somente a doutrina penal comum se preocupou em atentar para o ataque ao *World Trade Center* –, é preciso que se pontue uma tendência desenfreada de "militarização" do Direito Penal, em se tratando de delitos praticados contra o próprio Estado, os quais, porém, vitimam cidadãos inocentes, pelo terrorismo mundial. Rotulada por muitos como "Direito Penal do inimigo" – do qual trataremos mais adiante –, tal tendência está resultando em um expansionismo não só do Direito Penal comum, mas principalmente do Direito Penal Militar.

Não se pode, todavia, perder o horizonte de que esse "novo Direito Penal Militar" – melhor seria chamá-lo de "Direito Penal militarizado" – somente se assemelha ao nosso objeto pela designação, uma vez que o bem jurídico-penal tutelado é diverso**[15]**.

Em outras palavras, no Direito Penal Militar tutelam-se, em linhas gerais, valores intrínsecos às organizações militares, tais quais a hierarquia e a disciplina; o "Direito Penal militarizado" tutela bens jurídicos de cunho geral, com o escopo principal de combate ao movimento terrorista, tratado como questão bélica, sujeito, portanto, a postulados mais rígidos.

A atual "militarização do Direito Penal" foi magistralmente assinalada por Alberto Silva Franco, que, ao prefaciar obra de igual brilhantismo de Alice Bianchini**[16]**, intitula o fenômeno de "Direito Penal de terceira velocidade". Consigna que o "Governo Bush construiu, por decreto, um sistema paralelo, de

caráter penal e processual penal, livre de qualquer controle jurisdicional em relação ao cidadão não americano: a) a detenção secreta...; b) a criação de tribunais militares especiais, que nada têm em comum com a Justiça Militar e que 'são livres para proceder em segredo, reter provas dos réus e emitir sentenças capitais se dois terços dos juízes concordarem', sem a possibilidade de recurso a Tribunais Militares Superiores ou à Suprema Corte (*The New York Times*, Justiça deturpada: a guerra e a Constituição, in *O Estado de S. Paulo*, de 16 de dezembro de 2001, p. A15)"**[17]**.

Ainda é cedo para avaliar se a militarização do Direito Penal da normalidade é eficaz e necessária. O fato é que a tendência é atual e muito combatida pela doutrina minimalista. Alguns poucos já registraram sua posição, como Alberto Silva Franco.

Engana-se, entretanto, quem defende que o problema em relevo não merece preocupação em terras brasileiras. *Primo*, porque já passamos por período semelhante na época em que os crimes contra a segurança nacional eram, apesar de não serem delitos militares, apreciados pela Justiça Militar da União. Aliás, diga-se de passagem, o art. 30 da Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983, até hoje prevê essa competência, que não foi recepcionada pelo novo ordenamento constitucional, já que o processo e o julgamento dos delitos contra a segurança nacional são de competência da Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição da República. Em segundo lugar, e principalmente, porque essa nova sanha criminalizadora – e, consequentemente, atentadora de direitos e garantias individuais se não controlada – aqui também encontra fomento: não pela ojeriza ao terror fundamentalista, mas em face do terror imposto pelo crime organizado que vitima, não raramente, os militares dos Estados, como vimos recentemente em São Paulo.

Obviamente surge forte tendência de criminalização de condutas, algumas das quais até chegam ao Direito Penal Militar – aqui, sim, como o conhecemos tradicionalmente, buscando tutelar bens afetos às instituições militares –, ao que se denomina "terrorismo penal", entendido como a vertente legislativa que, sob o enfoque de alguns, lança uma roupagem de "lei e ordem" injustificada para conter a criminalidade**[18]**.

Em face dos referidos apontamentos, nasce o questionamento sobre o futuro do Direito Penal Militar no Brasil. Aumentará ele seu espectro, sobretudo em âmbito estadual, diante dos ataques das facções criminosas? Parece-nos que não, pois, na contramão dessa tendência, não nos podemos esquecer da alteração trazida pela Lei n. 9.299, de 7 de agosto de 1996, cujos meandros estudaremos com mais vagar oportunamente. Essa lei, em um primeiro momento, "desmilitarizou" os crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, gerando uma polêmica aguda na doutrina e na jurisprudência que somente foi amainada com as inovações no texto constitucional, trazidas pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004**[19]**, que, em nossa visão, ao alterar o § 4º do art. 125 da Lei Maior, reverteu esse processo, podendo-se dizer que a Constituição Federal devolveu essa espécie de delito (doloso contra a vida de civis) ao rol dos crimes militares, porém, agora, julgados pelo Tribunal do Júri, como veremos mais adiante. Nesse episódio operou-se, por força de organismos nacionais e internacionais de direitos humanos, a exclusão, em especial, do homicídio, focando-se, evidentemente, os militares dos Estados, frequentemente envolvidos em confrontos armados com marginais nas ocorrências policiais. Como dissemos na primeira edição, ainda é muito cedo para fazer um prognóstico de expansão ou de retração, cabendo-nos observar o moroso e incógnito processo transformador.

1.2. O Direito Penal Militar brasileiro – breve escorço histórico da legislação castrense

O histórico do Direito Penal Militar brasileiro não pode separar-se do quadro geral apresentado. Importa assinalar, entretanto, que, manifestamente, nosso Direito Castrense tem sua origem em Portugal ou, ao menos, na legislação penal portuguesa.

Com efeito, as embarcações da Coroa não trouxeram apenas homens e o espírito colonizador, mas também todo o arcabouço jurídico do Velho Mundo.

Como ponto inicial, portanto, deve-se entender que o Direito lusitano sofreu influência direta de suas peculiaridades históricas, especialmente o

domínio romano e o visigótico.

É possível afirmar, como assinala Univaldo Corrêa[20], que o Direito português que no Brasil "aportou" tem matrizes romanas marcadas por forte influência do Código Visigótico e, ainda, pequeno influxo oriundo do domínio sarraceno.

Toda essa influência chegou em *Terra Brasilis* sob forma das Ordenações do Reino, principalmente as Filipinas, decretadas em 1603. Vigoraram, sobretudo seu Livro IV, no Brasil até 1916.

A propósito das Ordenações Filipinas, em cujo Livro V se encontravam os dispositivos penais do Reino, ensina o sempre presente Francisco de Assis Toledo que "refletiam o espírito então dominante, que não distinguia o direito da moral e da religião"[21]. Menciona o saudoso mestre que os dispositivos penais são iniciados pela "previsão de penas para hereges e apóstatas, que arrenegam ou blasfemam de Deus ou dos santos, para feiticeiros, para os que benzem cães etc."[22]. Não raramente a pena capital era cominada, como no crime de lesa-majestade. Eram as Ordenações Filipinas, em conclusão, fruto de um Direito Penal de essência medieval.

A grande questão a ser satisfeita, todavia, é saber se o Direito Penal Militar estava contido no bojo das Ordenações Filipinas.

Inicialmente, o Direito Penal do Reino não consagrava nítida separação entre Direito Penal comum e militar, havendo no "Código de Felipo" previsões que poderiam ser consideradas próximas a um Direito Criminal afeto à beligerância, e. g., a disposição do Título XCVII, que tratava dos que "fogem das Armadas", prevendo que "Se algum Piloto, Mestre, Contra-Mestre, Marinheiro, Grumete, Bombardeiro, Spingardeiro, e qualquer outra pessoa desta sorte, que indo nas nossas Armadas, deixar a Náo, ou Navio, em que fôr ordenado, e della se fôr sem licença de auctoridade de nosso Capitão Mór de tal Armada, ou Capitão do Navio, em que assi fôr ordenado, se do corpo da Armada se partir, ora a Armada vá para cousa de guerra, ora de mercadoria, pagará em quatrodobro todo o que tiver recebido em seu soldo"[23]. Em 1763, entretanto, juntam-se às Ordenações Filipinas os Artigos de Guerra do Conde de Lippe, que vigoraram no Brasil até final do século XIX, com o surgimento do Código Penal

da Armada. No caso do Exército – assinala Univaldo Corrêa –, os Artigos vigeram até 1907, quando o então Ministro de Guerra, Marechal Hermes Rodrigues da Fonseca, os reformou inteiramente, ainda que a Força Terrestre utilizasse o Código Penal da Armada desde 1899**[24]**.

Na iminência da guerra contra a Espanha, Sebastião José de Carvalho e Melo, Marquês de Pombal**[25]**, solicitou à Inglaterra um militar que pudesse instruir as tropas portuguesas, em uma reestruturação de seu Exército, recaindo a indicação sobre Wilhelm Lippe (1724-1777), Conde de Schaumbourg, oficial alemão alistado na Marinha Inglesa e profundo conhecedor de Artilharia, que foi, então, convidado pelo Rei D. José I, de Portugal, para a empreitada**[26]**. Nesse contexto, surgiram, no século XVIII, os conhecidos Artigos de Guerra do Conde de Lippe, os quais, em verdade, são fragmentos de um regulamento mais abrangente que surgira por ocasião da reorganização, encontrando-se os dispositivos especificamente nos Capítulos 23 e 26, cujo primeiro delito tratava de insubordinação (hoje a recusa de obediência), dispondo, para que se tenha a exata medida da severidade do diploma em comento, que "Aquelle que recusar, por palavras ou discursos, obedecer ás ordens dos seus superiores, concernentes ao serviço, será condemnado a trabalhar nas fortificações; porém, si se lhe oppuzer servindo-se de qualquer arma ou ameaça, será arcabuzado".

Essa severidade pode ser notada em diversos pontos dos Artigos de Guerra, por exemplo, no citado art. 4º, transcrito por Univaldo Corrêa em seu primoroso estudo – fruto, deve-se ressaltar, de sua paixão pelo Direito Penal Militar e pela História –, segundo o qual "todo militar que commeter uma fraqueza, escondendo-se, ou fugindo, quando fôr preciso combater, será punido com a morte"**[27]**.

Foi o Código Penal da Armada (estabelecido em sua versão final pelo Decreto n. 18, de 7-3-1891), como já visto, que pôs termo aos Artigos de Guerra, sendo aplicado inicialmente à Armada e, na sequência, ao Exército Nacional (Lei n. 612, de 29-9-1899) e à Força Aérea (Dec.-Lei n. 2.961, de 20-1-1941). O diploma citado vigeu plenamente até 1944, quando o Decreto-Lei n. 6.227, de 24 de janeiro, trouxe ao cenário o Código Penal Militar, aplicado às Forças Armadas. Este vigorou até 31 de dezembro de 1969, com a entrada em vigor do atual CPM.

Para que haja sequência lógica, é necessário retroceder até 13 de dezembro de 1968, quando, em um período excepcional da história da nação brasileira, surgiu o Ato Institucional n. 5 (AI-5), dotando o Poder Executivo, concentrado em mãos militares, de poderes amplos.

Especificamente no § 1º do art. 2º do referido Ato Institucional havia a previsão de que, uma vez decretado o recesso do Poder Legislativo, pelo Presidente da República, passaria o Poder Executivo a exercer a função legislativa. Por força do Ato Complementar n. 38, tal recesso foi efetivamente decretado, a partir da mesma data (13-12-1968), operando-se, então, uma situação de exceção, por muitos combatida.

Em agosto de 1969, o General Arthur da Costa e Silva, Presidente da República, sofre um derrame, devendo ser sucedido, nos termos do que consignava a Constituição, pelo Vice-Presidente, Pedro Aleixo. Uma Junta Militar composta por integrantes das três Forças Armadas, a saber, o General Aurélio de Lyra Tavares, o Almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald e o Brigadeiro Márcio de Souza e Mello, entretanto, convencida de que Costa e Silva não se recuperaria, decretou, em 14 de outubro de 1969, o Ato Institucional n. 16, declarando vagos os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e assumindo a chefia do Poder Executivo até entregá-la ao General Garrastazu Médici.

Foi durante o governo dessa Junta que, em 21 de outubro de 1969, nasceu, pelo Decreto-Lei n. 1.001, o Código Penal Militar, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1970, sobrevivendo até os dias atuais com poucas alterações.

Como se pode deduzir, o Código em apreço contém marca do período em que foi produzido, razão pela qual muitos institutos foram abandonados, não aplicados, perdendo sua eficácia pela dessuetude.

Por outro lado, o Código Penal Castrense, fruto de primoroso Anteprojeto do Prof. Ivo D’Aquino e de cuidadoso trabalho da Comissão Revisora (composta, além do autor do Anteprojeto, pelos Profs. Benjamin Moraes Filho e José Telles Barbosa), foi inovador em vários institutos, entre os

quais podem ser citados a teoria diferenciadora do estado de necessidade e a inauguração do sistema vicariante em matéria de medidas de segurança, em substituição ao sistema duplo binário, no que a legislação penal comum somente se igualou por ocasião da reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, reforma essa trazida pela Lei n. 7.209, de 11 de julho daquele ano, e que não alcançou o Código Penal Militar de 1969, de sorte que podemos falar, com a vênia dos rigorosos estudiosos do Direito Penal, em "Direitos Penais brasileiros", já que o Direito Penal comum, assim é enxergado majoritariamente, é informado pelo sistema finalista, impulsionado com a reforma em comento, enquanto o Código Penal Militar, que não foi afetado pelas inovações da década de 80, repousa sobre uma base causalista neoclássica, dicotomia que compreenderemos melhor quando do estudo da teoria geral do delito militar.

Nesse breve escorço histórico um outro fato deve ser considerado na constituição do Direito Penal Militar brasileiro, qual seja, uma tendência inicial a restringir o Direito Penal Castrense aos integrantes das Forças Armadas, excluindo os militares do Estado. Dita tendência foi sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da Súmula 297, de 13 de dezembro de 1963, editada sob égide da Constituição Federal de 1946, segundo a qual "Oficiais e praças das milícias dos estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles".

Note-se que pelo conteúdo da súmula supracitada, era muito clara a limitação da lei penal militar aos militares dos Estados, havendo uma predisposição a considerá-los civis quando na função de policiamento ostensivo.

Essa visão permaneceu intacta com a edição do atual Código Penal Militar, em 1969, até que em 1977, com a chegada do "Pacote de Abril", conjunto de alterações normativas de lavra do Presidente Ernesto Geisel, uma alteração constitucional rechaçou por completo a súmula e a visão por ela encerrada.

Com efeito, a redação da Constituição Federal de 1946, que delimitou o cenário inaugural da Súmula em comento, consignava no inciso XII do art. 124 que a "Justiça Militar estadual, organizada com observância dos preceitos gerais

da lei federal (art. 5º, n. XV, letra *f*), terá como órgãos de primeira instância os Conselhos de Justiça e como órgão de segunda instância um Tribunal especial ou o Tribunal de Justiça", nada mencionando acerca da competência, favorecendo, pois, a visão restritiva do STF.

A Constituição Federal de 1967, mesmo com a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, ao tratar das Justiças Estaduais, continuou sendo muito abrangente para o foro castrense no âmbito dos Estados, visto que a alínea *d* do § 1º do art. 144 dispunha apenas que a Justiça Militar estadual era constituída em primeira instância pelos Conselhos de Justiça e que tinham como órgãos de segunda instância o próprio Tribunal de Justiça, ainda arrimando a prevalência da Súmula 297 do STF. Ocorre que, em 13 de abril de 1977, pela Emenda Constitucional n. 7 ("Pacote de Abril de 1977"), esse dispositivo constitucional ganhou nova redação, agora mencionando que a Justiça Militar estadual, constituída em primeira instância pelos Conselhos de Justiça, e, em segunda, pelo próprio Tribunal de Justiça, possuía competência para processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os integrantes das polícias militares, fazendo com que a Súmula em questão perdesse sua razão de existência.

A Constituição Federal de 1988 manteve a competência de julgamento das Justiças Militares dos Estados em sua redação, agora no § 4º do art. 125, que não sofreu restrição, salvo no crime doloso contra a vida de civil, com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004**[28]**, podendo-se afirmar, com absoluta certeza, que a Súmula 297 do Pretório Excelso não mais vige**[29]**, embora, não raramente, alguns desavisados façam questão de resgatá-la.

O próprio Supremo Tribunal Federal já negou a aplicação dessa Súmula. Nesse sentido, *vide* o *Habeas Corpus* n. 82.142/MS, julgado em 11 de dezembro de 2002, sob relatoria do Ministro Maurício Corrêa. No caso em espécie, em um grupo policial misto, integrado por Policiais Militares e Civis do Estado do Mato Grosso do Sul, denominado Departamento de Operações de Fronteira (DOF), o entendimento inicial do Poder Judiciário Sul-matogrossense foi no sentido de que a função não era afeita à atividade da Polícia Militar, de sorte que os ilícitos penais praticados pelos militares não seriam crimes militares.

Avaliada pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, a visão foi reformada, firmando-se a competência da Justiça Militar Estadual por tratar-se de crime militar. Vejamos a ementa do acórdão:

"*HABEAS CORPUS*. POLICIAL MILITAR. CONDUTA RELACIONADA COM ATUAÇÃO FUNCIONAL. CRIMES TAMBÉM DE NATUREZA PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA RECONHECIDA.

1. Policial militar. Existência de delitos tipificados ao mesmo tempo no CP e no CPM. Condutas que guardam relação com as funções regulares do servidor. Crime militar impróprio. Competência da Justiça Militar para o julgamento (CF, artigo 124).

2. Departamento de Operações de Fronteira do Estado de Mato Grosso do Sul. Polícia mista. Mesmo nas hipóteses em que entre as atividades do policial militar estejam aquelas pertinentes ao policiamento civil, os desvios de condutas decorrentes de suas atribuições específicas e associadas à atividade militar, que caracterizem crime, perpetradas contra civil ou a ordem administrativa castrense, constituem crimes militares, ainda que ocorridos fora do lugar sujeito à administração militar (CPM, artigo 9º, II, 'c' e 'e').

3. Nesses casos a competência para processar e julgar o agente público é da Justiça Militar. Enunciado da Súmula/STF 297 há muito tempo superado.

4. Crime de formação de quadrilha (CP, artigo 288). Delito que não encontra tipificação correspondente no Código Penal Militar. Competência, nessa parte, da Justiça Comum. *Habeas corpus* deferido em parte".

Também no âmbito estadual é possível verificar o afastamento da Súmula 297 do STF. No Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, por exemplo, *vide* a Exceção de Incompetência Criminal n. 1/09 (Feito n. 47.757/07, 1ª Auditoria), julgada em 10-3-2010, sob relatoria do Juiz Cel. PM Fernando Pereira:

"Reputa-se militar e sujeito à competência da Justiça Castrense o crime tipificado no Código Penal Militar que, embora definido de igual modo no

Código Penal comum, seja praticado por militar em serviço contra civil. O enunciado da súmula 297 do Supremo Tribunal Federal, editado na vigência da Constituição de 1946, foi superado pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, e pelo atual ordenamento constitucional”.

1.3. As legislações penais militares em outros países

Atualmente, o Direito Penal Militar está presente em vários outros Estados Nacionais, evidenciado por legislação especial, apartada da legislação penal comum, como nos casos da Itália (Código de Justiça Militar de Paz e de Guerra, ambos de 20-2-1941), de Portugal (Código de Justiça Militar, hoje veiculado pela Lei n. 100, de 15-11-2003), Israel (Lei de Justiça Militar, de 1955), da Argentina (Código de Justiça Militar, de 9-7-1951), Espanha (Código Penal Militar, trazido pela Ley Orgánica n. 13, de 9-12-1985), da Colômbia (Código Penal Militar, trazido pela Ley n. 522, de 13-8-1999, com alterações procedidas pela Ley n. 1.058, de 23-7-2006) e da França (Código de Justiça Militar – Dec. n. 82.984, de 19-11-1982), havendo apenas a distinção entre alguns que tentam separar normas penais militares substantivas (COM, no caso do Brasil) de normas penais adjetivas (CPPM, no Brasil)**[30]**.

Interessante notar que a existência de um Direito Penal militar não importa necessariamente na instalação de uma Justiça Militar competente para julgar todos os crimes militares perpetrados.

Célio Lobão cita como exemplo a França, que “extinguiu a Justiça Militar em seu território, mas autorizou sua manutenção junto às tropas estacionadas ou operando fora do território francês”**[31]**. Segundo o mesmo doutrinador, resultou a seguinte realidade: “a) estão sujeitos à jurisdição comum os crimes militares cometidos no território francês e aqueles cometidos por militares estacionados ou em operação em país estrangeiro, onde não foi instalado órgão da Justiça Militar; b) estão sujeitos à jurisdição especial, jurisdição militar, os crimes militares e os comuns de qualquer natureza, cometidos por militares integrantes de tropas estacionadas ou em operação em país estrangeiro ou por civis que nelas prestam serviço, desde que junto a essas

tropas funcione órgão da Justiça Militar (conf. arts. 1º, alín. 1ª, 3, 5, 59, 60, do Cód. de Just. Militar francês)”[32].

2. DIREITO PENAL MILITAR SUBSTANTIVO E ADJETIVO

As normas penais militares, tais quais as do Direito Penal comum, são divididas em materiais (ou substantivas) e formais (ou adjetivas).

As primeiras caracterizam-se pela previsão, codificada em nosso caso, do fato nascedouro da relação jurídica entre o Estado, que detém o *jus puniendi*, e o agressor da norma, o criminoso.

Em outras palavras, são as normas que contêm o fato típico, ou, como afirmou Vicenzo Manzini, “todas aquelas normas que virtualmente atribuem ou tolhem ao Estado o poder de punir ou modificar esse poder”, ou ainda aquelas que conferem aos órgãos do Estado ou aos cidadãos o poder de dispor da pretensão punitiva ou da pena[33].

Já normas adjetivas são as que regulam de modo geral o processo, ou seja, seu início, desenvolvimento e encerramento.

Conquanto haja a tendência de afirmar que o Direito Penal Militar substantivo se encontra no Código Penal Militar, ao passo que o Direito Penal Militar adjetivo encontra morada no Código de Processo Penal Militar, deve-se notar que a cisão comporta inúmeras exceções. Como exemplo, tome-se a menagem, instituto previsto no art. 263 do CPPM, a qual configura verdadeiro direito do réu. Nesse sentido, aliás, assinala Ronaldo Roth que a menagem é “liberdade vinculada como a liberdade provisória”[34].

A discussão para alguns, todavia, tem perdido a razão em face da autonomia do Direito Processual Penal, que já não constitui complemento do Direito Penal, mas uma ciência com objeto próprio. A nosso ver, porém, a distinção ainda é útil, mormente no que tange à legislação penal extravagante – possível mesmo em se tratando de Direito Penal Militar –, que pode conter

institutos materiais e formais, sendo a identificação primordial, por exemplo, para a solução de questões afetas à retroatividade da lei penal.

3. BEM JURÍDICO-PENAL

3.1. Generalidades

Na doutrina penal, poucos se dedicaram ao estudo ontológico do bem jurídico. Assinale-se, entretanto, que o tema foi esmiuçado no cenário nacional por alguns bravos, como Alice Bianchini**[35]** e Luiz Regis Prado**[36]**.

Em breves apontamentos, buscaremos sinalizar os pontos mais importantes relacionados ao tema para, após, indicar algumas peculiaridades do Direito Penal Militar.

A princípio, há que entender a concepção básica, a conceituação elementar de bem jurídico-penal. Nesse propósito, mais uma vez é adequada a lição do saudoso Francisco de Assis Toledo. Inicia o caro professor em uma conceituação ampla de bem, que pode ser entendido como “tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso”**[37]**. Prossegue indicando que, dentre a gama imensa de bens afetos a cada indivíduo, “seleciona o direito aqueles que reputa ‘dignos de proteção’ e os erige em ‘bens jurídicos’” **[38]**. Em arremate, chegando ao bem jurídico-penal, afirma que, sob o enfoque penal, “bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de Direito Penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo novo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais”**[39]**.

Como se percebe, o bem jurídico somente deve ser selecionado pelo Direito Penal, de forma fragmentária e subsidiária, porquanto esse ramo do Direito trata de uma intervenção muito grave, devendo caracterizar-se em último recurso (*ultima ratio*).

É de notar, ainda, que o Direito Penal, em uma visão ontológica, não está autorizado a produzir bens jurídicos, mas apenas, como acentua Luiz Regis Prado**[40]**, a descobri-los, identificá-los. Essa afirmação, todavia, entra em colapso ao observarmos a realidade vigente no cenário jurídico, onde há, sem dúvida alguma, a criação de bens jurídico-penais pelo Direito Penal, havendo a tendência a uma perigosa vertente funcionalista em que o bem jurídico ganha um novo conceito, desvencilhando-se de uma estrutura preexistente (estruturas lógico-objetivas) e fixando-se no reforço de vigência da norma jurídica, podendo alcançar qualquer forma de acordo com a norma. Claro que afastamos, para nossa construção, a vertente funcionalista, aliás como negaremos mais adiante o próprio funcionalismo como sistema, para apenas pinçar alguns de seus raros postulados minimalistas.

Feito o delineamento, *en passant*, do bem jurídico-penal, é necessário, na sequência, entender a razão de seu estudo.

Na dogmática penal, a discussão sobre o bem jurídico possui utilidade em dois momentos distintos: na seleção daqueles bens a serem elevados à categoria de bem jurídico-penal e no momento da aplicação da lei penal pelo intérprete, atendendo à sua *função teleológica ou interpretativa***[41]**.

O primeiro momento, próprio para a condução da política criminal, está relacionado à definição de padrões, regras, orientações etc., ao legislador, no instante em que está buscando criminalizar determinada conduta. Vige nesse ponto forte tendência minimalista segundo a qual o mal imposto pelo Direito Penal somente encontra razão de existir quando for necessária a intervenção. Discutem-se, em linhas gerais, duas condicionantes a orientar a seleção, quais sejam, *a dignidade penal do bem jurídico e a ofensividade da conduta***[42]**. Complementam a orientação para a seleção do bem jurídico-penal, particularmente no que tange à dignidade penal, as teorias constitucionais, que ganharam muito boa acolhida na doutrina italiana, segundo as quais o bem jurídico, para merecer tutela penal, deve encontrar guarida na lei fundamental do Estado**[43]**.

De forma paralela, porém não menos importante, discute-se a possibilidade de o intérprete da lei penal – já ultrapassado o momento da seleção

do bem jurídico-penal pelo legislador – enveredar-se pelo campo de estudo do bem jurídico-penal, a fim de entender, por exemplo, que uma conduta não é dotada de lesividade expressa no tipo penal. Obviamente, por “intérprete” deve-se ter em mente tão só aquele que tem, funcionalmente, o condão de afastar a intervenção penal, o que foge às atribuições de quem apenas prepara os fatos para a apreciação do magistrado e do integrante do *Parquet*, ou seja, a autoridade de polícia judiciária[44], que somente poderá ingressar nessa avaliação em casos nítidos em que a ofensa trazida pela conduta passe muito ao largo de lesionar o bem da vida protegido.

Em relação ao comportamento do intérprete, a atual doutrina tem acenado também em sentido minimalista. Assim, admite que o intérprete, mormente o juiz, entenda uma conduta por não lesiva o bastante para merecer a intervenção penal (*nullum crimen sine iniuria*). Ressalte-se que já não se trata de seleção do bem jurídico ou da conduta a ele lesiva, mas de efetiva aplicação do direito.

Trata-se da exaltação inquestionável do princípio da insignificância, particularmente, como aponta Alice Bianchini, na acepção alocada no *interior do próprio sistema penal*[45].

3.2. Bem jurídico-penal militar

Após as considerações primeiras sobre o bem jurídico, cumpre questionar se os pressupostos mínimos indicados para a tutela penal comum, especificamente no que tange ao bem jurídico penal, podem ser transplantados para o Direito Penal Militar.

Antes de ingressar na discussão fomentada pelo problema, é fundamental tecer algumas breves considerações acerca de peculiaridades na vida castrense.

Vários bens, na acepção genérica acima descrita, interessam ao Direito Penal Militar, destacando-se, obviamente, a hierarquia e a disciplina, hoje elevadas a bem jurídico tutelado pela Carta Maior. Dessa forma, além da

disciplina e da hierarquia, outros bens da vida foram eleitos, tais como a preservação da integridade física, do patrimônio etc.

Por outro lado, é possível afirmar que, qualquer que seja o bem jurídico evidentemente protegido pela norma, sempre haverá, de forma direta ou indireta, a tutela da regularidade das instituições militares[46], o que permite asseverar que, ao menos ela, sempre estará no escopo de proteção dos tipos penais militares, levando-nos a concluir que em alguns casos teremos um bem jurídico composto como objeto da proteção do diploma penal castrense. É dizer, e. g., o tipo penal do art. 205, sob a rubrica "homicídio", tem como objetividade jurídica, em primeiro plano, a vida humana, porém não se afasta de uma tutela mediata da manutenção da regularidade das instituições militares.

Tal conotação afasta, em vários casos, uma postura simplesmente minimalista, focando-se primeiro o bem jurídico imediato da norma.

Há que consignar que a identificação do bem tutelado não é fácil, podendo, em alguns casos, haver equívocos interessantes, em razão mesmo da topografia do tipo penal, como no caso do delito capitulado no art. 235 do CPM[47].

Corriqueiramente se comete a impropriedade – escusável, pois o tipo se encontra no capítulo dos crimes sexuais – de afirmar que o Código Penal Militar criminalizou o homossexualismo.

Primeiro, cumpre notar que não só o ato homossexual é criminalizado, mas também o heterossexual. Isso leva à conclusão de que o que se busca tutelar, de fato, é a disciplina intramuros, porquanto é elemento normativo do tipo[48] "lugar sujeito a administração militar". Desse modo, a objetividade jurídica não é a liberdade sexual do indivíduo – sobretudo se se levar em consideração que os sujeitos assentiram na prática do ato –, mas a disciplina militar, que será turbada com a promiscuidade no interior da caserna, desestabilizando o regular funcionamento cotidiano da unidade em que o fato ocorreu.

Já se demonstrou, dessarte, que o estudo do bem jurídico penal-militar, no que tange ao seu primeiro momento útil – seleção de bens a serem tutelados e de condutas lesivas –, difere do Direito Penal comum, visto que o legislador

deverá pensar não só na lesão daquele que seria o bem jurídico-penal em primeira linha, senão também em um bem jurídico consequente: o sadio desempenho das missões concernentes às forças militares.

A situação não é diferente no segundo momento crucial de estudo do bem jurídico, afeto ao intérprete da norma.

Tomando por base a complexidade do bem jurídico-penal militar, cumpre evidenciar que o intérprete não pode ou não deve deixar-se inebriar por posturas minimalistas sem se acautelar de reconhecer a regularidade da instituição como um bem jurídico tutelado pela norma, ainda que seja de forma mediata.

Em outras palavras, não se haverá de invocar o princípio da insignificância tomando em consideração somente o bem primeiro, razão pela qual se torna muito mais prudente ficar adstrito àquelas situações permitidas pela própria lei penal militar, como as do § 6º do art. 209, do § 1º do art. 240 etc., nos quais, embora aparentem ter-se adotado o princípio da insignificância, e como tal têm sido defendidas, em verdade, não o são, já que muito provavelmente o legislador de 1969 nem sequer conhecia os contornos desse princípio. Em edição anterior desta obra, mencionamos em nota de rodapé (nota 44 da primeira edição) um comentário que merece incorporar o texto principal, posto que levou alguns estudiosos a, equivocadamente, rotular-nos como avessos ao princípio da insignificância no Direito Penal Militar, o que não condiz com nossa real visão sobre o assunto. Frisamos que o fato de se sustentar ser mais prudente ficar adstrito aos casos previstos em lei não significa vedar, por completo, que se reconheça, no caso concreto, situação tal em que seja razoável o afastamento, por convicção minimalista, da intervenção penal militar. Um exemplo esclarecedor está na demissão administrativo-disciplinar do trânsfuga, em que a aplicação do Direito Administrativo Disciplinar Militar poderá reparar o "tecido social" lesionado pela infração penal**[49]**. Outro exemplo interessante seria o reconhecimento da insignificância da lesão ao bem jurídico em casos de crimes patrimoniais, ou mesmo contra a Administração Militar, como o caso do peculato em que o irrisório valor da coisa subtraída importa, sem embargo, em uma não lesão ao patrimônio (no crime de furto, p. ex.) bem como em uma não lesão merecedora de tutela penal militar, como no caso do peculato, por

exemplo, diante de um militar do Estado que, valendo-se da função que desempenha, subtrai algumas poucas folhas de papel sulfite da repartição onde trabalha.

Há crimes, no entanto, em que o foco no bem jurídico mediato não admite a valoração no sentido da insignificância, em razão da potencial alta lesividade da conduta, como nos crimes militares que afetem a incolumidade pública, casos em que a tutela penal deve ser antecipada para que nem sequer se tangencie a lesão à coletividade.

Exemplo claro está no art. 290 do CPM. Obviamente que, focando-se na quantidade de entorpecente portado pelo indivíduo, poder-se-ía dizer que a quantidade em foco é inexpressiva, insignificante. Contudo, a capitulação do delito o coloca entre os crimes contra a incolumidade pública, afetando em especial a saúde pública, o que, por si só, já afastaria a construção pela insignificância. Essa construção, note-se, deve somar-se à tutela da regularidade das instituições militares, profundamente afetada ou em risco muito alto nos casos em que um militar no interior do quartel, por exemplo, porta substância entorpecente, já que seu ulterior consumo implicará em alguém sob seu efeito portando uma arma de fogo de considerável calibre, conduzindo uma viatura, enfim, trazendo um enorme risco à regularidade da instituição e à incolumidade das pessoas. Em suma, dizer que um cigarro de *cannabis sativa* para um militar é insignificante é, como já suscitado, confundir o objeto do crime com o bem jurídico do tipo penal. Nesse sentido, criticando a visão de que os dispositivos do CPM como o § 6º do art. 209 e o § 1º do art. 240 são manifestações do princípio da insignificância, o Eminente Ministro Flavio Bierrenbach, em voto vencido no Superior Tribunal Militar, aduz:

"Uma leitura apressada do dispositivo em comento poderia conduzir à errônea conclusão de que o legislador de 1969, mesmo antes da Constituição de 1988, tinha consciência do real significado e de como deveria ser aplicado o princípio da insignificância dentro de um sistema de direito penal fundado na dignidade da pessoa humana.

Entendimento equivocado.

Não se pode conceber como correta a abordagem que o Código Penal

Militar faz do princípio da insignificância, que é totalmente incoerente com o sistema penal preconizado pelo Estado Democrático de Direito, instituído a partir de 1988. Em primeiro lugar, observa-se a tentativa de restringir e tornar estática, pela lei, a aplicação de um princípio de direito penal que, por força do próprio fundamento constitucional do qual decorre e, em razão dos princípios filosóficos que determinaram a sua criação, foi criado justamente para flexibilizar o Sistema Penal.

Em seguida, porque, em decorrência da notória influência que o Positivismo exerceu nos juristas brasileiros no século passado, parece ter o legislador confundido o bem jurídico com o objeto do crime, ao reduzir as hipóteses de incidência às lesões patrimoniais que se reduzissem a '*1/10 do maior salário mínimo do país*'.

Por fim, porque o conceito do bem jurídico denominado patrimônio, que parece ter sido aquele adotado pelo legislador, é um conceito estatístico, concebido *a priori*, diverso dos conceitos de bens jurídicos formulados pelos criadores do princípio da insignificância, que têm ligação direta com um sistema de Direito Penal aberto à dinâmica social, que se ocupa muito mais com o conceito material do delito que com aspectos formais da tipicidade" (STM, Declaração de voto vencido no Rec. Crim. 2008.01.007539-4/PE, rel. Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, j. 17-2-2009).

Embora o brilhante voto do Ministro Flavio Bierrenbach se refira à aplicação do princípio da insignificância a um caso de peculato, a que somos favoráveis, suas lições podem muito bem ser trasladadas para, ao contrário, negar a incidência desse princípio em determinados delitos que afetam sobremaneira a coletividade, como o caso de porte de substância entorpecente, já que se está confundindo o bem jurídico com o objeto do delito.

Malgrado essa visão, há tendência em sentido oposto, buscando relegar a um segundo plano essa tutela específica do Direito Penal Castrense, mostrando-se muito frequente nas discussões sobre o art. 290 do CPM, em conflito com a nova "Lei de Drogas".

O próprio Ministro Flavio Bierrenbach entende possível sustentar o princípio da insignificância em relação ao crime do art. 290 do CPM, como se

verifica no seguinte voto:

"Venho sustentando sistematicamente nesta Corte que o porte de quantidade insignificante de maconha (especialmente dessa substância) é conduta incapaz de causar lesão significativa à saúde pública, enquanto bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Tampouco se vê, em todos os casos, desrespeito à hierarquia e disciplina, valores tão caros à proteção da soberania do Estado Democrático de Direito.

A conduta é formalmente típica, se observada abstratamente. Entretanto, no caso concreto, a autoridade judiciária, ao observar potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, deve considerá-la materialmente atípica.

É o que acontece com o porte para consumo próprio de pequena quantidade de maconha, pois, a princípio, o soldado que porta quantidade de maconha suficiente apenas para o seu consumo pessoal, e se não o faz em serviço, no quartel, na caserna, no veículo, no navio ou na aeronave, não põe em risco a saúde pública, visto que sua conduta não tem a potencialidade de tornar dependentes outros companheiros seus de farda, não trazendo, aí, prejuízo para a caserna" (STM, Declaração de voto vencido na Apelação n. 2007.01.050648-9/DF, rel. Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, j. 12-3-2009).

Em arremate, o douto Ministro Bierrenbach, contrariando, inclusive, sua visão exposta no primeiro voto vencido trazido a apreciação, deflagra que o "Código Penal Militar, aliás, alberga expressamente o princípio da insignificância, em casos, por exemplo, de lesão corporal levíssima e furto". Como se vê, em primeiro momento (Rec. Crim. 2008.01.007539-4/PE) o Eminente Relator entendeu que as disposições do CPM não são efetivamente adoção do princípio da insignificância – visão com a qual concordamos, porquanto é bem provável, como dissemos, que o legislador nem sequer, em 1969, conhecesse as razões e os contornos desse princípio, mas, assim entendemos, de forma acidental, as disposições funcionam como manifestação desse princípio –, porém, em segundo momento, em voto mais recente (Apelação n. 2007.01.050648-9/DF), postula em sentido oposto, consignando que a lei penal militar expressamente adotou o princípio para o furto e para a lesão

corporal.

A par dessa antinomia, parece, com a devida vênia, equivocada a visão de que o simples porte de maconha no quartel não é dotado de lesividade suficiente para merecer a repressão penal. Em primeiro plano, não enxergamos pressuposto lógico para diferenciar a *cannabis sativa* (maconha) de outra substância entorpecente, visto que os efeitos são análogos e, sem dúvida alguma, condicionados às incertezas da condição mental do usuário em espécie. Assim, se concordássemos com o raciocínio pela aplicação da insignificância, não entendemos como adequado aplicar o princípio apenas para a maconha sem aplicá-lo para outras substâncias.

Ademais, um cigarro de maconha, ainda que não utilizado no quartel, pode sim significar um risco em potencial, não, obviamente, pela potencialidade de viciar outros colegas de farda, quando então estaríamos focando apenas o bem jurídico imediato, e sim pela desastrosa consequência da atuação de um militar entorpecido, por exemplo, com um fuzil automático leve (FAL) em suas mãos. Dessa forma, ainda que o cigarro de maconha não seja consumido dentro do quartel, mas apenas lá guardado, parece obrigatória a repressão da atitude pela aplicação do Direito Penal Militar. Leve-se ainda em consideração a possibilidade de dano mental pelo uso reiterado da substância, que pode fazer com que um militar, apenas usando a substância fora da caserna, possua um dano em seu estado psicológico que pode resultar em um risco enorme para alguém que seja profissional das armas.

Que dizer, então, se a droga usada fora do quartel for a medida da coragem para, por exemplo, um policial militar que vá incursionar por um terreno dominado por marginais? Poderia ele, sabendo dessa possibilidade no serviço que assumirá, consumir a droga para alcançar o destemor.

Alguns dirão que, pela nossa visão, não apenas dentro do quartel o porte e o consumo de drogas por militares há de ser reprimido pelo Direito Penal e, de fato, assim pensamos. Ocorre que a lei penal militar condicionou a tipicidade do crime militar a algumas situações que não podem ser ampliadas. Essa lógica teve o legislador penal militar tomando por base o fato de que a lei penal comum também reprimiria a conduta nos casos citados e, por essa razão,

absteve-se de alargar o tipo penal militar do art. 290. Jamais poderia ele pensar em 1969 que em quase quatro décadas depois, o usuário, na lei penal comum, seria enxergado por outro prisma.

A questão, de notar, já chegou inclusive ao Pretório Excelso.

Também recentemente, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 92.961-3 – São Paulo (j. 11-12-2007), sob relatoria do Ministro Eros Grau, aplicou o princípio da insignificância para trancar ação penal contra um militar pego com maconha no interior do quartel, entendendo por suficientes as sanções disciplinares a ele aplicadas. Essa visão repetiu-se no julgamento do *Habeas Corpus* n. 94809 – Rio Grande do Sul (j. 12-8-2008), sob relatoria do Ministro Celso de Mello, invocando-se expressamente o princípio da insignificância, pela quantidade ínfima apreendida, levando a uma descaracterização material da tipicidade.

Nos casos em espécie, contrariando posição já firmada anteriormente no *Habeas Corpus* n. 81.734-3 – Paraná (j. 28-3-2002), o Pretório Excelso, ainda que não tenha aberto caminho inequívoco para a aplicação da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, em crimes militares subsumidos pelo art. 290 do Código Penal Militar, buscou na essência da legislação penal comum a distinção de tratamento entre o usuário de entorpecentes e o traficante dessas nefastas substâncias, reformando decisão respaldada pelo Superior Tribunal Militar em que os bens jurídicos focados, a arrimar a condenação, eram, além da saúde pública, a hierarquia e a disciplina militar.

Com a devida vênia à Corte Maior de nosso país, a alteração legislativa não nos parece ter alterado o cenário a ponto de afastar as razões evidenciadas no *habeas corpus* de 2002, no sentido de manter as condenações, quando se considerou que o "princípio da insignificância não apresenta uma metodologia própria, deixando de fornecer um critério positivado no sentido de definir o que seja insignificante para o legislador", bem como que, em outro ângulo, "não se há de olvidar que o delito objeto da impetração restou praticado nas dependências de um quartel militar, por um de seus soldados, sendo que a relevância de sua função, pelo fato de manejar armas e explosivos, menos ainda lhe permitiria beneficiar-se do injuridicamente infundado crime de bagatela" e,

por fim, que o "uso de entorpecente por um soldado que se utiliza de armas e explosivos para treinamento em vigilância pode causar danos irreparáveis a si, aos seus colegas de farda e à própria unidade onde serve", sendo que a "circunstância de ser mínima a quantidade de droga em poder do acusado não exclui o risco de dano à vida militar".

Por outro bordo, a tendência não é unânime no Supremo, não vingando, para a nossa satisfação, na Primeira Turma daquela Corte. Em caso também recente, essa Turma consignou visão destoante da Segunda Turma, o que ficou evidente nas palavras da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, em sede do *Habeas Corpus* n. 94.649 – Rio de Janeiro (j. 12-8-2008), que afirmou que tem sido muito rigorosa quanto ao instituto da insignificância do delito em se tratando de administração militar, não podendo, portanto, aplicar o precedente da Corte, referindo-se ao já mencionado *Habeas Corpus* n. 92.961, porque o princípio da insignificância não é significação do montante, nem de valores, mas do objeto tutelado pelo Direito Penal militar. Assim, nesse julgado, chegou-se finalmente à conclusão de que a existência de decisão no Supremo Tribunal no sentido pretendido pela Impetrante, "inclusive admitindo a incidência do princípio da insignificância à justiça castrense, 'a despeito do princípio da especialidade e em consideração ao princípio maior da dignidade humana' (*Habeas Corpus* n. 92.961, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 21.2.2008), não é bastante a demonstrar como legítima sua pretensão", prosseguindo ao afirmar que, nas "circunstâncias do caso, o fato não é penalmente irrelevante, pois a droga apreendida, além de ter sido encomendada por outra pessoa, seria suficiente para o consumo de duas pessoas, o que configuraria, minimamente, a periculosidade social da ação do Paciente". Por fim, assentou que a "jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado", indeferindo, em consequência, o pedido.

A não unicidade no entendimento dessa questão, advirta-se, chegou a um outro caso perante o Supremo Tribunal Federal, desta vez sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie (HC 94.685/CE), sendo submetido o caso ao pleno do Pretório Excelso.

Enquanto ainda não estava decidido esse remédio, as decisões continuaram sendo tomadas de forma conflitante pelas Turmas, por exemplo, no caso do *Habeas Corpus* n. 97.131/RS (rel. Min. Celso de Mello, j. 10-8-2010) e do *Habeas Corpus* n. 101.759/MG (rel. Min. Celso de Mello, j. 10-8-2010), em que a Segunda Turma entendeu, deferindo os dois remédios por aplicação do princípio da insignificância, que, enquanto não concluído o julgamento do *Habeas Corpus* n. 94.685/CE, deveria ser preservada a jurisprudência firmada pela Turma no sentido de incidir o aludido postulado nas hipóteses semelhantes às situações analisadas.

Entretanto, um outro caso submetido ao Pleno do Supremo Tribunal Federal foi recentemente julgado. Trata-se do *Habeas Corpus* n. 103.684/DF, julgado em 21 de outubro de 2010, com relatoria do Ministro Ayres Britto, em que, por 6 votos contra 4, denegou-se a ordem de *habeas corpus* seguindo-se a argumentação do relator, que, em suma, muito acertadamente, declarou que o "uso de drogas e o dever militar são como água e óleo, não se misturam", acrescentando que, "por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si, para manter o vício, implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico profissional, senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito no moral da corporação, na autoestima da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas que são instituições voltadas entre outros explícitos fins para a garantia da ordem democrática". Observou ainda o relator que o "problema aqui não é de quantidade e nem mesmo do tipo de entorpecente que se conseguiu apreender", mas de "qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte". Mais ainda, destacou que a questão trata sobre "bens e valores jurídicos insuscetíveis de relativização em sua carga de proteção individual e concomitantemente societária".

Finalmente, em 11 de novembro de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento no *Habeas Corpus* n. 103.684/DF no julgamento definitivo do *Habeas Corpus* n. 94.685/CE, entendendo-se, mais uma vez, que a posse de reduzida quantidade de substância entorpecente por militar, em unidade sob administração castrense, não permite a aplicação do

chamado princípio da insignificância penal. Os Ministros entenderam, por maioria de votos, que seria inaplicável a tese da insignificância no âmbito das relações militares e ainda que a legislação especial – o Código Penal Militar – prevalece sobre a lei comum, a nova Lei de Tóxicos (Lei n. 11.343/2006), com arrimo na premissa de que as relações militares são dominadas pela disciplina e hierarquia.

3.3. A regularidade das instituições militares

Já sabemos que a seleção do bem jurídico deve, embora de forma ampla, ser calcada na Constituição Federal. Incorporamos, ainda, a noção de que a regularidade das forças militares sempre será objeto de proteção do Direito Penal Militar, mesmo que em alguns haja a proteção indireta. Cumpre, agora, tentar delinear o que se entende por regularidade das instituições militares.

Aponta Regis Prado que "a noção de bem – do latim *bonum* – é multímoda. Apresenta-se, *prima facie*, como um problema vocabular e filosófico. Pode ser estudada como um termo (expressão), um conceito ou uma entidade"**[50]**. Do exposto denota-se que não se pode compreender o bem, e por consequência o bem jurídico-penal, como algo sempre concreto, palpável, materialmente identificável.

Adiante, afirma o insigne autor que "a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou *situação social* e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano"**[51]**.

Perceba-se, dessarte, que uma situação social favorável à coesão do corpo social possui relevância digna de comportar em sua órbita elementos cruciais que devem possuir tutela especial, entenda-se, tutela penal.

Some-se a esse conceito a noção de que o Estado, modernamente, "deixou de ser formal, neutro e individualista, para tornar-se um Estado de Direito material, enquanto adota uma legalidade democrática e pretende a justiça material"**[52]**, o que significa dizer que o Estado, ficção jurídica criada para prover o bem comum, não pode limitar-se a não turbar as liberdades

públicas, mas deve ser pró-ativo em assegurá-las em face de toda e qualquer turbação injusta, oriunda dos demais cidadãos ou do próprio Estado, por seus agentes.

Nesse contexto, é preciso também ter em vista que as instituições militares, as Forças Armadas, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, têm missões de suma importância na preservação das liberdades públicas, porquanto a elas cabem a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem**[53]**, o policiamento ostensivo preventivo, a preservação da ordem pública e as atividades de defesa civil**[54]**. É inadmissível que o responsável pela preservação da ordem pública – de cujos elementos sobressai a segurança pública –, por exemplo, seja o elemento desarmonizador dessa tranquilidade pela perpetração de um crime, ainda mais quando o faz no exercício de seu nobre mister.

Dessa forma, o regular desempenho das missões atribuídas às forças militares é, inequivocamente, *situação social* que demanda especial cuidado, merecendo, inclusive, tutela penal direta ou por bens jurídico-penais outros, cuja turbação poderia importar em deficiência na consecução dos objetivos maiores.

À guisa de exemplo, o desrespeito a um superior, embora seja situação que tenha pertinência com a disciplina interna das forças militares, importa em desestabilização da regularidade do desempenho da missão constitucional, visto que a ausência de tutela poderia levar a uma indisciplina generalizada da força.

Do mesmo modo, uma lesão corporal praticada por policial militar em serviço, mesmo que tenha por objeto lesionado primeiramente a integridade física do sujeito passivo da ação, representará afronta à regularidade da própria instituição, porquanto, como Estado que compõe, não poderia turbar injustamente um direito fundamental, senão protegê-lo.

Por fim, interessa notar que a construção acima exposta pode, aos olhos do desavisado, consubstanciar vertente indesejável de expansão do Direito Penal; mas, em verdade, alinha-se a uma política menos intervencionista, pois busca tutelar o pleno exercício dos direitos fundamentais pela lhana e necessária regularidade das instituições.

É possível que alguns entendam possa a questão ser enxergada por ângulo diverso, ou seja, do sujeito sobre quem recai o rigor da norma penal, o qual poderia, sim, como cidadão, invocar os princípios minimalistas para afugentar a sanção penal. A questão, todavia, não merece guarida, uma vez que, especificamente no caso dos agentes públicos militares, há um ônus a ser suportado em razão da função. Nesse sentido, como veremos, até mesmo a antijuridicidade se acentua[55].

Com efeito, as considerações aduzidas perdem, aparentemente, força se se observar como sujeito ativo do crime um civil (notadamente não integrante dos quadros das instituições militares) e, por isso mesmo, nada comprometido com sua regularidade.

Em verdade, a regularidade não pode apenas ser vinculada à condição do agente, mas deve, ainda, atender a um critério objetivo-normativo, segundo o qual deve haver o consenso geral, a avaliação de que as forças militares são invioláveis, surgindo, pois, a confiabilidade no desempenho de suas missões: volta-se à regularidade.

Em conclusão, é correto afirmar que a regularidade das corporações militares sempre estará no âmbito de proteção dos crimes militares, ora de forma clara, ora de forma velada, como "pano de fundo". Essa regularidade, por sua vez, pode ser entendida como a condição necessária, tanto interna como externamente, para que determinada instituição militar possa cumprir seu escopo constitucional, não turbando os direitos fundamentais, exceto quando a lei assim permitir.

4. CARÁTER ESPECIAL DO DIREITO PENAL MILITAR

A especialidade do Direito Penal Castrense, tradicionalmente, evidencia-se pelo órgão especial que o aplica: as Justiças Militares. Nessa linha, desponta Mirabete afirmando que a distinção entre Direito Penal comum e Direito Penal especial "só pode ser assinalada tendo em vista o órgão

encarregado de aplicar o Direito objetivo comum ou especial"[56].

A especialidade (*ius singulari*), que não se confunde com excepcionalidade (*privilegium*), por esse critério, adviria das normas constitucionais (arts. 124 e 125, § 4º, da CF), que definem a competência da Justiça Militar.

Recentemente, porém, a clássica abordagem vem sofrendo duras críticas, não sem um fundo de razão, deve-se assinalar.

Célio Lobão, aproveitando os postulados, dentre outros, de Romeu de Campos Barros, entende que "classificar o Direito Penal especial em função do órgão judiciário encarregado de aplicar o direito objetivo, demonstra evidente confusão entre Direito Penal especial e Direito Processual Penal especial". Assevera, ainda, após notável argumentação, que "o Direito Penal Militar é especial em razão do bem jurídico tutelado, isto é, as instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar, acrescido da condição de militar dos sujeitos do delito"[57]. E conclui adiante, com base nessa premissa, que apenas os crimes propriamente militares[58] merecem o título de delitos de Direito Penal especial, sendo os crimes impropriamente militares, cometidos por militares ou por civis, delitos comuns, cuja competência de julgamento foi atribuída às Justiças Militares pelo legislador ordinário.

Assim, nas lições do caro mestre, os crimes de homicídio (art. 205 do CPM), lesão corporal (art. 209 do CPM) etc. não fariam parte do Direito Penal especial, mas do Direito Penal comum, ainda que a competência de julgamento desses delitos seja da Justiça Castrense.

Sem embargo, assentimos na premissa exposta pelo professor, qual seja a de que a especialidade do Direito Penal Militar decorre do caráter *sui generis* do bem jurídico por ele tutelado. Entretanto, parece-nos equivocado o entendimento de que somente os crimes propriamente militares possuem essa especialidade, justamente em razão da abordagem feita acerca do bem jurídico-penal militar.

Em outros termos, mesmo que em um homicídio praticado por militar

contra militar haja a violação primeira da vida, há igualmente uma tutela específica, da instituição militar, caracterizada pela regularidade do desempenho de suas missões.

Tome-se, e. g., a destruição de uma aeronave hostil, nos termos do § 2º do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, e imagine-se, contando com a fertilidade do pensamento, ser ela tripulada por militares federais. Tal ação militar constituirá um simples fato típico de homicídio, sem nada de especial, ou efetivo abate a ser apreciado, em todas as circunstâncias[59], por um órgão especial que terá também uma compreensão especial do fato?

Há casos mais gritantes de crimes impropriamente militares em que a especialidade, pela tutela da regularidade da instituição, é inequívoca, como o caso do delito de violência contra sentinela (art. 158 do CPM). Ainda que possa ser perpetrado por qualquer pessoa, o tipo penal visa à integridade da instituição, em forma de preservação da autoridade e da integridade física da sentinela, aspecto externo da regularidade.

Em conclusão, preferimos, partindo da mesma premissa, entender que o Direito Penal Militar é especial em razão do objeto de sua tutela jurídica: sempre a regularidade das instituições militares, seja de forma direta, imediata, seja de forma indireta ou mediata. Abarcaríamos, dessarte, como crimes integrantes desse Direito Penal especial, todos aqueles capitulados no Código Penal Militar, mesmo que impropriamente militares.

5. FUNDAMENTOS E FINALIDADE DA PENA NO DIREITO PENAL MILITAR

Como se sabe, o exercício da tutela penal, especificamente no que tange à imposição de uma sanção ao indivíduo, decorre de um direito no qual se arvora o Estado, nascido de uma relação pactual existente entre os cidadãos e o próprio ente fictício.

O *jus puniendi* é, pois, fruto do Contrato Social, uma avença da qual

todos fazemos parte, mesmo que inconscientemente, a qual legitima, pretensamente, o poder de punir.

Saber, todavia, a origem do direito a punir não basta para o estudo da pena, ou seja, sabe-se que a reprimenda penal não é questionada pelo cidadão, porque este entende, embora de forma precária, que ao fazer parte de um grupo garantido por uma ordem jurídica vigente em um território deve submeter-se às restrições impostas, mas isso, por si só, não é suficiente para a aceitação da punição.

Deve-se, então, buscar o fundamento da pena e sua finalidade ou, em outros termos, entender o motivo intrínseco dessa aceitação cega ("legitimidade"), bem como questionar a utilidade da aplicação do "castigo" penal.

Como adverte Claus Roxin**[60]**, "a pergunta acerca do sentido da pena estatal surge como nova em todas as épocas", valendo dizer que a discussão sobre os fundamentos e a finalidade da sanção penal é tema de atualidade ímpar, contudo nada tem de novo, porquanto, de tempos em tempos, surgem estudos buscando atingir o nível satisfatório de compreensão.

Cumpre, ainda, lembrar que o estudo da pena, particularmente no que concerne à sua função, em muito se afigura ao estudo do próprio bem jurídico, podendo-se afirmar que existe uma simbiose, ou seja, "de um lado, tendo-se presente que se deve tutelar o que em si mesmo possui um valor, o marco da pena não é senão uma consequência imposta pela condição valiosa do bem. De outro lado, e ao mesmo tempo, a significação social do bem se vê confirmada precisamente porque para a sua proteção vem estabelecida a pena"**[61]**. Também há de se ressaltar que a pena, como instrumento por excelência do Direito Penal, contém no estudo de sua função o melhor critério para identificar as razões da punição, orientando toda a atividade regulatória e interpretativa do Direito Criminal**[62]**.

Feitas as considerações introdutórias, passaremos à exposição das teorias que buscam explicar os fundamentos, a legitimidade da pena, para, após, tecer algumas considerações a respeito da sanção penal militar.

5.1. Conceito precário de pena

Partiremos do conceito de coerção penal, porquanto entendemos ser este o caminho adequado à compreensão da matéria.

A coerção penal pode ser definida *lato sensu* e *stricto sensu*. Sob o enfoque amplo, ela compreende todas as consequências jurídicas advindas da prática de um ilícito penal, previstas na legislação penal vigente, o que abrange, por óbvio, as medidas de segurança**[63]**.

Já em sentido estrito, a pena é a "manifestação da coerção penal"**[64]**. É a efetivação da vertente aflitiva do Direito Penal em seu grau maior.

Urge, pois, saber o que se entende por sanção penal, donde surgiria uma primeira tendência a postular que a sanção penal é um mal imposto àquele que perpetra um ato ilícito capitulado pela lei penal.

Esse conceito, porém, é precário por não satisfazer a todas as linhas de raciocínio, podendo-se afirmar que o conceito de pena está atrelado à posição do intérprete em relação às teorias da pena, razão pela qual deve estudá-las amiúde.

5.2. Teorias absolutas da pena

As teorias absolutas são arrimadas na exigência de justiça, ou seja, pune-se alguém porque cometeu o crime, sem que haja a preocupação com o fim utilitário da pena. É pura retribuição, consequência do delito que se caracteriza por um mal justo em face do mal injusto do crime.

O conteúdo essencial dessas teorias evidencia-se, como lembra Bustos Ramírez, no raciocínio dos grandes filósofos da cultura europeia, notadamente Kant e Hegel. Para Hegel, como ensina o eminente doutrinador**[65]**, a pena é a negação da negação do direito, restando-lhe apenas o papel retribucionista. Em outras palavras, o crime é a negação do Direito, e a pena, como negação do crime, a exaltação do Direito.

Kant, no mesmo sentido, entende que a pena é retribuição e seu único

fundamento é a culpabilidade do agente. Surge, pois, o raciocínio kantiano de que se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha decidisse abandoná-la e dispersar-se, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição, porque então poderia ser considerado cúmplice de tal violação pública da justiça**[66]**.

A linha apresentada confirma-se nos pensamentos de Carrara, Binding, Mezger e, até mesmo, em certa medida, de Welzel. Aponta Bustos Ramírez que os sucessores da Escola Clássica não romperam com a visão do retribucionismo, como Hans Welzel, para quem a pena é uma retribuição justa, a fim de que "cada uno sufra lo que sus hechos valen"**[67]**.

Em suma, com fulcro nas ideias das teorias absolutas, podemos conceituar pena como um mal que aflige o sujeito que causa um mal. É paga, retribuição, sem qualquer preocupação profilática à lesão do crime.

É de notar que os dois males – mal do crime e mal da pena – têm a mesma natureza, pois traduzem-se pela turbação de direitos individuais. Por isso mesmo, é possível encontrar proporção entre eles, de modo que se busque justa retribuição.

5.3. Teorias relativas da pena

Para as teorias relativas da pena – também aqui considerada um mal necessário – o escopo maior da sanção não é retribuir, mas prevenir a prática do delito.

Ensina Bitencourt que a "formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca, que, se utilizando de Protágoras, de Platão, afirmou: 'nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar'"**[68]**.

As teorias relativas podem ser cindidas em *prevenção geral* e

prevenção especial.

A prevenção geral, pretensamente, atua sobre a coletividade, de modo a prevenir que os demais não decidam delinquir como o condenado. É, abusando das lições de Bustos Ramírez, "advertencia a todos para que se abstengan de delinquir".

A formulação elementar da prevenção geral é atribuída a Anselm von Feuerbach, que expôs a *teoria da coação psicológica*, desenvolvida na transição do Estado absolutista para o liberal, permeada, dessa forma, pelos postulados do Iluminismo. A ideia central dessa teoria parte do princípio de que a perfeita harmonia da vontade e da energia dos indivíduos proporciona o fundamento para a sociedade civil garantir as liberdades de seus integrantes, gerando um Estado de uma sociedade civil organizada constitucionalmente sob uma vontade única de convivência dos homens à luz do Direito. Nesse sentido, toda e qualquer agressão jurídica contradiz os objetivos do Estado, que deve idealizar institutos jurídicos que a coíbam, sendo, obviamente, o primeiro deles a própria coação física. Contudo, a coação física não é totalmente suficiente para impedir as lesões jurídicas afrontadoras do Estado, mesmo porque toma ela corpo em momento posterior, sendo necessário lançar mão de um outro artifício: a coação psicológica**[69]**. A coação psicológica, de mote eminentemente preventivo, atinge seu objetivo em dois momentos, a saber: 1º) a própria cominação da pena para determinados delitos, a qual já transmitiria a mensagem de que tais comportamentos são indesejados e, em consequência, apenados; 2º) a efetiva punição do delinquente, por sua vez, imprimiria a certeza de que a sanção prevista abstratamente poderia concretizar-se. Em face dessa coação, haveria a inibição do instinto criminoso.

Envolviam-se, pois, duas ficções traduzidas pela consciência humana a autodeterminar sua conduta pela ameaça legal (*livre-arbítrio*) e pela racionalidade do Estado, que deveria buscar apenas o escopo principal da prevenção, olvidando, muitas vezes, da ideia de justiça retribucionista.

Afora o problema das aludidas ficções, sobretudo a do livre-arbítrio, a qual não pode ser demonstrada cientificamente e, portanto, deve ser aceita como premissa, a prevenção geral, como assinala Bitencourt, descarta fatores

importantes que influenciam o comportamento, como a confiança do indivíduo em não ser descoberto ou o fato de a ameaça não ser conhecida pelo destinatário do direito[70], o que leva a equação a não atender a todos os casos. Adicione-se a isso a instrumentalização do infrator, servindo de exemplo para o grupo, e uma tendência a elevar as cominações e a efetiva aplicação de pena em nome de uma prevenção geral.

No cenário das teorias relativas (ou preventivas) figura ainda a *prevenção especial*, esta focada no delinquente, transformando a pena em meio de evitar a reincidência.

Essa vertente encontrou eco em vários países. Assim, o Correcionalismo, de Concepción Arenal e de Dorado Montero, na Espanha; a Nova Defesa Social, de Marc Ancel, na França, e de Von Liszt, na Alemanha.

Para o Correcionalismo, a pena como retribuição era um equívoco, donde surgia a necessidade de arrimar a intervenção penal sobre o indivíduo por outro enfoque, tendo-o como um enfermo da alma. A sanção penal era seu tratamento. Como ensina Duek Marques, na visão dos autores derradeiramente citados, "não há criminosos incorrigíveis, mas incorrigidos"[71].

Na mesma esteira, Marc Ancel, temperando a Defesa Social inaugurada por Felippo Gramática, apresenta uma tendência à prevenção especial, porém com um programa mínimo[72]. A Nova Defesa Social, entre vários outros postulados, entende o Direito Penal como forma de proteção social; porém sua consequência mais danosa, a pena, notadamente a prisão, não pode ser aplicada sem um escopo utilitário para o delinquente, devendo o período de encarceramento servir de tratamento para modificar o comportamento de modo que a nocividade do infrator ao corpo social seja anulada.

"As linhas-mestras do pensamento de Von Liszt" – ensina Bitencourt – "são encontradas em seu Programa de Masburgo. A necessidade de pena, segundo Von Liszt, mede-se com critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis. Essa tese pode ser sintetizada em três palavras: intimidação, correção e inocuização"[73].

A principal crítica a pesar sobre a prevenção especial é justamente atrelada ao caso do indivíduo que não precisa de emenda ou de ressocialização. Em outras palavras, casos há em que a reincidência é pouco provável e, até mesmo, impossível, bem como é imaginável que alguns infratores, tempo após o cometimento do delito, sejam encontrados, estando na condição de foragidos, em comunidade diversa daquela em que o crime foi perpetrado, totalmente integrados, perfeitamente ressocializados. Desaba, nesses casos, a postulação de que a pena é remédio para a alma, é emenda, é ressocialização, é tornar inócuo o delinquente incorrigível, levando, em seu grau máximo de aplicação, à impunidade, circunstância totalmente negativa ao corpo social.

5.4. Teorias mistas ou unificadoras

Com os ataques às teorias absolutas e às teorias relativas (prevenção geral e especial), surgem na Alemanha, no começo do século XX, com Merkel, as teorias unificadoras (mista ou eclética), entendendo-se que retribuição, prevenção geral e especial "são distintos aspectos de um mesmo complexo fenômeno que é a pena"**[74]**.

Como muito bem ensina Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, "as várias críticas recebidas pelas teorias *per se* em sua pureza, e também as vantagens que cada uma demonstrava, trouxe à busca por reunir mais de uma função para a pena, formando as chamadas teorias mistas ou ecléticas. Buscando a soma dos pontos elogiáveis e ao mesmo tempo refrear as críticas, a doutrina foi compilando vários fins, dando destaque a alguns de acordo com a tendência ideológica do autor e política da época"**[75]**.

Dentro dessa ideia, aponta o autor o surgimento de duas grandes vertentes:

1) as ideias meramente aditivas em que se busca apenas a "soma das finalidades da pena, sem orientação expressa ou implícita normativa que permita fazer ressaltar alguma das finalidades apontadas (em suas formas puras) como determinante na aplicação da pena"**[76]**;

2) as ideias unificadoras dialéticas que, "embora aceitem multiplicidade de funções para a pena, indicam qual deve prevalecer para efeitos de limites e necessidade de punição"*[77]*. Dentro das ideias dialéticas há várias vertentes, de acordo com o mote principal dado pelo intérprete.

As teorias mistas, portanto, conciliam, em estágio inicial de sua formulação, os postulados das teorias precedentes. Afirmam, pois, o caráter de retribuição da pena, mas exaltam sua função utilitária, formulação que sofreu vários ataques doutrinários, a exemplo de Claus Roxin, para quem a simples adição dos princípios das correntes precedentes não só se contrapõe à lógica essencial "como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reacção apto para qualquer realização"**[78]**.

Em um segundo momento, sensíveis aos ataques, passam a buscar fundamentação para conciliar os postulados de prevenção geral e especial com os "estágios da norma (cominação, aplicação e execução). Enfim, essas teorias centralizam o fim do Direito Penal 'na ideia de prevenção'. A retribuição, em suas bases teóricas, seja através da culpabilidade ou da proporcionalidade (ou ambas ao mesmo tempo), desempenha apenas um papel limitador (máximo e mínimo) das exigências da prevenção"**[79]**, elegendo-se uma função preponderante.

5.4.1. Prevenção geral positiva

Ressalte-se que a temática permaneceu em plena turbulência – como ainda permanece, em um movimento cíclico –, o que fomentou a formulação da teoria da prevenção geral positiva, segundo a qual, em linhas gerais, a pena não pode ser fundamentada em ameaça destinada a intimidar potenciais delinquentes – o que alguns entendem por prevenção geral negativa –, mas há de reafirmar a consciência social da norma ou confirmar sua vigência, por meio da imposição de sanções penais.

Com efeito, o fato criminoso afeta a credibilidade da norma e, consequentemente, o valor que ela comporta. A pena, nesse contexto, deveria servir para reafirmar a manutenção do sistema axiológico e do próprio ordenamento jurídico. A reprimenda não visa a reparar o dano, mas possui a

função primordial de orientar os cidadãos para o cumprimento das normas inseridas no Contrato Social, uma função educativa, formando a consciência ética e valorativa da sociedade.

Essa acepção, sustentada por Hans Welzel, em momento posterior de seu raciocínio, e por Günther Jakobs**[80]**, entre outros, chamada de teoria da prevenção geral positiva *fundamentadora*, oferece uma vertente arriscada, porquanto não limita coerentemente o *jus puniendi.* É dizer que, no Estado Social e Democrático de Direito, a fundamentação e a finalidade da pena devem estar alinhadas com os princípios minimalistas, de modo que não se fomente o alargamento, a expansão do espectro punitivo. Nasce, pois, a teoria da prevenção geral positiva *limitadora*, que encontra eco em vários doutrinadores, tais como Roxin, Hassemer e Mir Puig.

Para essa teoria, o Estado deve sofrer a ação de freios principiológicos destinados a limitar sua intervenção nos direitos fundamentais do cidadão, sendo a culpabilidade o ponto de partida para a reprimenda – mas não seu único fundamento –, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana.

Pelo viés da teoria limitadora, a proximidade entre os fundamentos e a finalidade da pena e os princípios informadores afetos ao bem jurídico-penal é enorme. Sem embargo, os princípios do "minimalismo penal" contaminam não só a seleção e o reconhecimento do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, senão também a busca da legitimação da pena no Estado Social e Democrático de Direito.

5.5. Teoria da pena e o Direito Penal Militar

Como se vê, a compreensão da sanção penal passa por vários estágios históricos e elaborações, sem que se tenha definido qual a melhor teoria para conceituar a pena e explicar seus fundamentos.

Essa realidade leva Duek Marques a concluir que "o sentimento de castigo inserido nas penalidades permanece inalterado, enquanto estrutura arquetípica de origem primitiva, não obstante as correntes mais progressistas da

atualidade, no âmbito da política criminal"[81].

De fato, como conceito inicial e precário, pode-se dizer que a pena é um mal necessário infligido ao autor de um delito. Esse conceito, porém, sofrerá mutações de acordo com a exploração dos fundamentos e da finalidade da reprimenda penal. Poderá ser medida ética de justiça, remédio para a alma do delinquente, proteção do tecido social etc. Tais concepções sofrem ainda forte influência do Garantismo Penal, que tem como expoente maior Luigi Ferrajoli, centrando-se o Direito Penal mais uma vez no infrator.

Qual a melhor solução? Estamos longe de um consenso doutrinário.

Isso não obsta, contudo, possamos externar a vertente que mais nos agrada.

Inicialmente, parece-nos que o puro retribucionismo se perde em face do Estado Democrático, muito embora seja impossível, como advertiu Duek Marques, afastá-lo da essência da pena. De fato, pena é um mal em pagamento a outro mal.

Não é essa, porém, a base que lhe dá sustentação, isto é, apesar de constituir um castigo, não pode ser aplicada quando o intento for apenas castigar. É preciso localizar a necessidade de sua efetivação, o que, a nosso ver, somente encontra eco na prevenção geral positiva, obviamente, limitadora.

Todavia, como já sustentamos ao tratar do bem jurídico-penal militar, a aplicação dos princípios minimalistas, festejados no Direito Penal comum, deve passar por outro filtro, qual seja, a necessidade de manter a regularidade das instituições militares.

Não se pretende aqui, logicamente, um alargamento desmedido do Direito Penal Militar, mas um cuidado especial do aplicador da lei castrense ao deparar com questões limítrofes, em que, por exemplo, o princípio da ofensividade, que em se tratando de um crime comum poderia ser exaltado com o escopo de impedir a intervenção penal, possa ganhar depreciação em nome da tutela, genericamente falando, da instituição.

Essa tutela evidenciada serviria para reafirmar o Direito Penal Militar

e os valores a ele inerentes, impedindo a delinquência no seio das corporações, o que redundaria, por paradoxal que possa parecer, no não intervencionismo estatal, agora pelo Poder Executivo, representado pelas Forças Armadas, pelas Polícias Militares e pelos Corpos de Bombeiros Militares.

6. CONCEITO DE DIREITO PENAL MILITAR

Como se pode verificar no Texto Maior, as instituições militares são dotadas de tutela especial, que visa à manutenção de sua regularidade, pela proteção de outros bens jurídicos: a vida, a integridade física, a honra, a hierarquia, a disciplina etc.

Some-se a isso o fato de a missão das corporações militares ser revestida de uma complexidade ímpar, exigindo de seus sujeitos abnegação, robustez e coragem dignas de odisseia.

Essas características pontuais não se evidenciam espontaneamente, mas requerem instigação, uma “fagulha” que inicie a combustão. Depois, deve-se apenas controlar as proporções das ações desencadeadas.

Essa “fagulha” é, pois, representada pela ordem, pela determinação superior no sentido de fazer ou deixar de fazer algo, tendo sempre por objetivo a missão precípua da força.

A fiel obediência torna-se, dessarte, linha-mestra do desenvolvimento das missões atribuídas aos organismos militares, ressaltando-se a importância da hierarquia e da disciplina como raias condutoras.

Não é a conduta humana, entretanto, perfeita a ponto de alcançar, conscientemente, o acatamento da hierarquia e da disciplina, razão pela qual, buscando evitar condutas lesivas ao convívio social, seja em sentido amplo, no seio da sociedade como um todo, seja em sentido estrito, no interior dos quartéis, surge a necessidade de instrumentos de controle, de aferição de uma conduta servil, exigida nas diversas atividades legadas às Forças Armadas, às Polícias

Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares.

O instrumento mais elementar é sem dúvida o Direito Administrativo Disciplinar Militar, que é suficiente para resolver boa parte das condutas indisciplinadas. Em alguns casos, porém, a intervenção necessita ser mais rígida, mais contundente, desde que haja a turbação de um bem jurídico-penal de tal grandeza que justifique o desencadeamento da persecução criminal.

Busca-se, em resumo ao acima consignado, a *ordem jurídica militar*, sustentáculo das instituições militares, entendida como o complexo de normas jurídicas destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais dessas instituições.

A preservação da referida ordem jurídica requer um elenco de sanções de diversas naturezas, que visam, mormente, a afugentar o violador em potencial dessa ordem. Tais sanções nascem sobretudo do Direito Administrativo Disciplinar Militar e do Direito Penal Militar.

Em suma, portanto, pode-se afirmar que o Direito Penal Militar consiste no *conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações penais, com suas consequentes medidas coercitivas em face da violação, e, ainda, pela garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente a regularidade de ação das forças militares, proteger a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões precípuas atribuídas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares.*

7. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MILITAR

7.1. Conceito de princípio e sua distinção das regras

Os direitos são garantidos por normas jurídicas que têm a estrutura de regras ou de princípios. A distinção entre regras e princípios, adotando a

adequada visão de Virgílio Afonso da Silva, está no fato de que as regras garantem direitos ou impõem deveres *definitivos*, enquanto os princípios garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*, ou seja, do conteúdo da regra, extrai-se uma proposição que deve ser satisfeita plenamente, sob pena de invalidade da regra, enquanto do conteúdo dos princípios extrai-se uma proposição que não se pode realizar sempre, sendo essa realização, geralmente, parcial, o que não significa, por outro lado, a invalidação do princípio**[82]**.

Conclui-se, portanto, que os princípios são *mandamentos de otimização*, que "exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes"**[83]**.

7.2. Conflito entre princípios

A ideia de não realização em regra do mandamento de otimização de um princípio é de fundamental importância para a teoria dos princípios, porquanto a negação da aplicação de um princípio em sua totalidade, em face de outro princípio, ou seja, o conflito de princípios, não importa na invalidação desse princípio, mas apenas na prevalência do outro princípio nas condições fáticas e jurídicas apresentadas. O mesmo não ocorre com as regras, visto que, se duas regras "preveem consequências diferentes para o mesmo ato ou fato, uma delas é necessariamente inválida, no todo ou em parte"**[84]**.

O grande problema no conflito de princípios está na decisão de qual princípio deve prevalecer. Nesse sentido, aponta-se o princípio da proporcionalidade como o solucionador dessa incompatibilidade.

A proporcionalidade não está grafada expressamente na Carta Maior, porém constitui-se em princípio de suma importância no ordenamento jurídico.

Cunhado principalmente da doutrina alemã, o princípio, em construção didática, desdobra-se em três aspectos:

"a) Adequação

Por ela, diz-se que o meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar,

ser adequado visando o atingimento do resultado almejado. Adequação, portanto, implica conformidade e utilidade ao fim pretendido.

b) Exigibilidade

O meio deve ser o mais brando, mais suave, dentre aqueles que se apresentam disponíveis, no intuito de preservar ao máximo os valores constitucionalmente protegidos. Isto é, deve-se procurar atingir no mínimo os valores garantidos constitucionalmente que tenham entrado em colisão com o princípio prevalente.

c) Proporcionalidade em sentido estrito.

Deve-se empregar o meio que se mostrar mais vantajoso para a promoção do princípio prevalecente, mas sempre buscando desvalorizar o mínimo os demais"**[85]**.

O princípio da proporcionalidade é visto por muitos como um superprincípio, como o "princípio dos princípios", mas, em verdade, a proporcionalidade, ainda que tenha sua relevância inquestionável, há que encontrar limites na dignidade da pessoa humana, mesmo porque é dela oriunda. Nessa esteira, tenha-se em mente que o mais importante princípio constitucional é o da dignidade da pessoa humana; sendo ele a diretriz de interpretação, portanto, a proporcionalidade, como toda a lógica constitucional, nasce da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, a importância da proporcionalidade como princípio é de caráter instrumental, ou seja, funciona como ferramenta de harmonização nas aparentes colisões de normas principiológicas, ou então, quando há conflito de dignidades de pessoas distintas, lançando-se a proporcionalidade como paramento de decisão, naquilo que Rizzatto Nunes chamou de "proporcionalidade de segundo grau" ou "proporcionalidade especial"**[86]**.

A proporcionalidade, portanto, auxilia na fixação de relações condicionadas de precedência de um princípio sobre o outro. Analisemos o exemplo padrão trazido por Virgílio Afonso da Silva, em que se vê a colisão de uma norma principiológica de liberdade de imprensa e outra de tutela do direito à privacidade ou à honra das pessoas**[87]**. Imaginemos que determinada emissora

de televisão transmita em rede nacional a imagem de uma pessoa foragida, suspeita da prática de vários estupros. Por óbvio que o suspeito possui o direito à tutela de sua imagem, que nesse caso entra em conflito com a liberdade de imprensa. Ocorre que no caso concreto, como o suspeito está foragido, a divulgação da imagem pela imprensa constitui a única forma de alerta à população do risco que se corre com o fato de o suspeito estar foragido. Parece-nos, respeitando opiniões divergentes, que o meio escolhido é adequado a atingir o resultado, e também é exigível ou necessário, por não haver meio menos gravoso, bem como porque a veiculação da imagem, com sobriedade, lógico, atenderá à proporcionalidade em sentido estrito. Ao invés, não nos parece proporcional a divulgação da imagem de uma pessoa presa, que não ofereça risco à sociedade, simplesmente em nome da norma principiológica da liberdade de imprensa, invertendo-se, de notar, a relação de prevalência de um princípio sobre o outro. Observe-se, por fim, que em nenhum dos dois exemplos pode-se afirmar que um princípio é invalidado pela existência do outro (nem que institui uma exceção ao outro), mas apenas que em certas condições fáticas e jurídicas um prevalece sobre o outro.

Tomemos mais um exemplo, agora mais afeto ao Direito Penal Militar e ao Direito Administrativo Disciplinar. Imaginemos que em um inquérito policial militar, investigando um crime de concussão, haja autorização para a interceptação telefônica do suspeito, produzindo-se a prova com os autos apartados de degravação das conversas, tudo em conformidade com a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, e com a Resolução n. 56, de 9 de setembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça. Findo o procedimento de polícia judiciária militar, provou-se o crime, mas a interceptação telefônica constitui-se em principal prova contra o acusado, carecendo-se do seu traslado para o processo administrativo para que também haja a responsabilização disciplinar do militar. O traslado, note-se, importa em conflito principiológico, havendo, por um lado, o direito do acusado em não ter violado o conteúdo de suas comunicações telefônicas, senão para uma investigação criminal por autorização judicial, nos parâmetros da lei (art. 5º, X, da CF), e, por outro, o dever, também principiológico, de depuração interna da Administração Militar, extraído do princípio da moralidade grafado no art. 37 da Constituição Federal. Entende-se proporcional, nesse caso, que haja o traslado, também por autorização

judicial[88], já que o meio escolhido e adequado a atingir o resultado de provar a transgressão disciplinar, também é exigível ou necessário, por não haver outro meio menos gravoso, bem como, por fim, a gravidade da transgressão disciplinar praticada (concussão, considerada crime e transgressão), importa em um equilíbrio entre a violação do direito individual e a consequência pretendida, atendendo-se à proporcionalidade em sentido estrito. Diferentemente, caso o inquérito policial militar não provasse a concussão, mas apenas, pelas conversas gravadas na interceptação telefônica autorizada, que o investigado praticara uma transgressão de muito menor gravidade, por exemplo, uma atividade extracorporação, não haverá de prevalecer o dever principiológico de moralidade, mas o direito principiológico de tutela da inviolabilidade das comunicações telefônicas, não devendo a violação, outrora autorizada, ser potencializada pelo traslado para um processo ou procedimento que apure transgressão de somenos importância. Nesse caso, embora o meio escolhido possa ser adequado a atingir o resultado de provar a transgressão disciplinar, bem como exigível ou necessário, por não haver outro meio menos gravoso, a gravidade da transgressão disciplinar praticada (exercício de atividade extracorporação remunerada) não atende, pelo desequilíbrio entre a violação do direito individual e a consequência pretendida, à proporcionalidade em sentido estrito. Mais uma vez, por fim, deve-se notar que os princípios não foram invalidados ou excepcionados, mas apenas considerados prevalecentes numa ou noutra situação.

Alguns poderiam entender o exemplo acima não como um conflito de princípios, mas de regra e princípio, ou seja, a regra contida na Lei n. 9.296/96 de não ser permitida a interceptação para outros fins que não a investigação criminal conflitando com o princípio da moralidade administrativa. Todavia, preferimos entender, malgrado notáveis vozes em sentido contrário[89], ser possível a solução considerando que o choque existente é, de fato, entre princípios, o princípio da moralidade e o princípio de não ofensa à privacidade das comunicações telefônicas, que informou a regra contida na Lei n. 9.296/96.

7.3. Classificação dos princípios

Seguindo a visão de Diogenes Gasparini, os princípios comportam uma classificação, na seguinte conformidade: “1) onivalentes, isto é, os que valem para qualquer ciência, a exemplo do princípio de não contradição: uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo; 2) plurivalentes, ou seja, os que valem para um grupo de ciências, a exemplo do princípio da causalidade, que informa as ciências naturais: à causa corresponde um dado efeito; 3) monovalentes, tais como os que valem só para uma ciência, a exemplo do princípio da legalidade (a lei submete a todos), só aplicável ao Direito. Estes últimos podem ser: a) gerais, a exemplo dos que valem só para um ramo de uma dada ciência, como é o princípio da supremacia do interesse público (no embate entre o interesse público e o privado há de prevalecer o público), que só é aplicado ao Direito Público; b) específicos, ou seja, os que valem só para uma parte de um ramo de certa ciência, nos moldes do princípio da continuidade do serviço público (a atividade pública é ininterrupta), só verdadeiro para o Direito Administrativo, que é sub-ramo do Direito Público”**[90]**.

Em que pese a lição do insigne doutrinador ser afeta ao Direito Administrativo, a divisão grafada aos princípios são notáveis, razão pela qual a aproveitaremos neste tópico.

Podemos afirmar, agora especificamente voltados ao Direito Penal Militar, que os princípios informadores do ramo estudado são proposições que alicerçam o sistema penal, garantindo-lhe validade, porquanto buscam a limitação de seu espectro de incidência, em plena concatenação com um Direito Penal moderno, alinhado com o Estado Social e Democrático de Direito. São, pois, verdadeiras garantias a limitar o exercício do *jus puniendi*, razão por que seu estudo se mostra essencial à compreensão contemporânea do Direito Penal como um todo. Também no Direito Penal, obviamente, pode ocorrer o conflito de princípios, quando, da mesma forma do exposto inicialmente neste tópico, reconheceremos apenas a prevalência de um deles sobre o outro, mas não reconheceremos a invalidade daquele não prevalecente no caso concreto.

De certa forma, os princípios limitadores do direito de punir encontram seu nascedouro, de forma implícita ou explícita, na Constituição Federal, norma-guia de todo o ordenamento jurídico.

Vejamos, sem mais delongas, os principais princípios limitadores com suas peculiaridades concernentes ao Direito Penal Militar.

7.4. Princípios limitadores do *jus puniendi* no Direito Penal Militar

7.4.1. Princípio da legalidade

Muitos entendem este princípio – princípio monovalente geral, porquanto atende ao Direito Público onde se localiza o Direito Penal – como sinônimo do princípio da reserva legal. Outros já entendem este contendo aquele, sendo acompanhado pela irretroatividade da lei penal. Melhor explicando, para muitos, reserva legal se confunde com legalidade; para outros tantos, a reserva legal é um princípio maior, composto pela legalidade e pela irretroatividade.

Tomem-se, inicialmente, as lições de Bitencourt, que afirma que o "princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma verdadeira limitação do poder punitivo estatal"**[91]**, consagrado por Feuerbach, no início do século XIX, pela fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Nitidamente, para o caro mestre, a distinção entre legalidade e irretroatividade é desnecessária, podendo ambos os princípios ser condensados no disposto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Cidadã, transcrito no art. 1º do CPM.

A origem desse princípio, no entanto, é muito anterior a Feuerbach. Em impagável evolução histórica, embora aponte o dissenso sobre a questão, André Vinicius de Almeida consigna que o princípio em estudo "teve origem iluminista, recebendo formulação em sua inteireza pelas palavras de John Locke (Segundo Tratado sobre o Governo Civil) e, sobretudo, de Cesare Bonessana, o Marquês de Beccaria (Dos delitos e das Penas)"**[92]**, e ainda que tal princípio restou positivado em vários diplomas legais, a exemplo do *Bill of Rights*, da Constituição americana, e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**[93]**.

Preferimos, no entanto, seguir o mestre Luiz Luisi, para quem o princípio da legalidade, em vertente contemporânea, desdobra-se em três

postulados, a saber: reserva legal, determinação taxativa e irretroatividade[94].

De fato, o princípio da legalidade parece merecer o deslinde apresentado, de importância indiscutível e de compreensão simples.

Inicialmente, comanda a reserva legal, ou seja, o fato de que só a lei pode comportar condutas puníveis em âmbito penal, lei aqui compreendida como vontade do legislador, representante legítimo que é do povo, para descobrir os bens jurídico-penais a serem tutelados.

Sua aplicação importa, por outro enfoque, a vedação de o Poder Executivo ou o Poder Judiciário se imiscuírem na função criminalizadora ao mesmo tempo que obsta a utilização de outros nascedouros além da lei (*reserva absoluta*), a exemplo dos costumes e da analogia, só admitida *in bonam partem*. Apenas a lei, em outras palavras, pode versar sobre matéria penal. Interessante construção nos traz Guilherme de Souza Nucci ao afirmar que ao se compreender que somente a lei pode versar sobre matéria penal, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal – que, ressalte-se, firma a competência privativa da União, mas que pode ser delegada aos Estados-Membros por lei complementar, marcando uma característica peculiar de nossa Federação, dada sua forma de origem centrífuga[95] –, essa possibilidade não se restringe apenas à lei ordinária, aceitando-se, também, que uma lei complementar verse sobre lei penal, como, aliás, ocorre com o art. 10 da Lei Complementar n. 105/2001, que incrimina a violação desautorizada do sigilo das operações financeiras[96].

Obviamente, essa reserva legal atinge também as penas, muito embora haja doutrina em sentido oposto.

A taxatividade[97], ou determinação taxativa, como expõe Luiz Luisi, por seu turno, exige uma técnica toda especial do legislador ao consagrar os tipos penais. Essa técnica se evidencia pela construção de tipos abstratos dotados de clareza, certeza e precisão, evitando-se, pois, expressões e palavras vagas e ambíguas. Claramente, encontramos lesão a essa acepção do princípio da legalidade no tipo penal descrito no art. 324 do Código Penal Militar, que traz o delito de inobservância de lei, regulamento e instrução, na seguinte ordem: "Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar". Pior

ainda, o preceito secundário traz a possibilidade de prática dolosa ou culposa. Como se percebe, o tipo penal em foco possui uma descrição típica tão abrangente que possibilita enquadrar quase tudo como crime de inobservância de lei, regulamento ou instrução, de um simples atrasado para o serviço até a não observância de uma regra de segurança que causa dano à pessoa ou ao patrimônio, levando a inexatidão típica a evidente lesão à determinação taxativa e, por consequência, ao princípio da legalidade.

A irretroatividade**[98]**, por fim, é, sem dúvida, como assinala Luiz Luisi**[99]**, complemento da reserva legal, porquanto exige a atualidade da lei para que possa surtir consequências. Em outras palavras, a lei penal, em regra, pode alcançar tão só fatos a ela supervenientes.

Como já sabemos, há exceções para a irretroatividade, como a retroação da *lex mitior* e a *abolitio criminis*, que voltaremos a analisar.

Cumpre assinalar que a questão concernente ao princípio da legalidade comporta outras abordagens, conforme ensina Francisco de Assis Toledo, ao desdobrá-lo na exigência de uma *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta* e *lex certa***[100]**. É de notar que a abordagem esboçada pelas lições de Luisi comporta o desdobramento de Assis Toledo, na medida em que a *lex stricta* e a *lex certa* afeiçoam-se à determinação taxativa, ao passo que a *lex praevia* encontra morada na irretroatividade e a *lex scripta* compõe a reserva legal, vedando-se o Direito costumeiro.

Por derradeiro, importa notar que a aplicabilidade deste princípio no Direito Penal Militar ocorre tal qual no Direito Penal comum.

7.4.2. Princípio da intervenção mínima

A legalidade, de fato, limita o *jus puniendi*, porém, não afasta a possibilidade de cominações penais absurdas e desnecessárias. É preciso, pois, outro norte a limitar o exercício do poder de punir, ensejando a exaltação do princípio da intervenção mínima, o qual não possui expressa previsão constitucional, mas infere-se da inviolabilidade da liberdade, expressa no *caput* do art. 5º da CF, e do respeito à dignidade da pessoa humana, consignado como

fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso III do art. 1º de nossa *Grundnorm*[101].

Apresenta-se esse princípio, também monovalente, mas de aplicação restrita ao Direito Penal (específico)[102], sob conotação bipartida, que permite afirmar que o Direito Penal é fragmentário e subsidiário aos demais ramos do Direito.

De fato, a intervenção penal é por demais gravosa e somente deve ser efetivada, primeiro, para contemplar bens jurídicos de notável relevância – *fragmentariedade* – e, na sequência, quando falharem as demais ferramentas jurídicas de controle social – *subsidiariedade*.

A propósito da *fragmentariedade*, Binding já assinalava que o Direito Penal "não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica"[103].

O Direito Penal, com efeito, não pode servir de ferramenta protetora a todos os bens jurídicos, mas somente àqueles que possuam dignidade penal, que atendam ao critério do *merecimento de pena*.

Alice Bianchini, ao discutir o merecimento de pena que alguns bens jurídicos podem demandar, ensina, citando inicialmente Alberto Zacharias Toron, que "o princípio da intervenção mínima 'tem seu núcleo a partir da verificação do grau que o binômio 'subsidiariedade/fragmentariedade' assume'"[104], e prossegue encontrando uma ligação íntima do princípio em apreço com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, segundo o qual somente bens de extrema valia devem merecer a atenção do legislador penal. Dentro da exclusiva proteção de bens jurídicos, enumera como luzes a guiar a atividade do legislador os princípios *do pluralismo e da subcultura* – respeito à coexistência democrática de todos os grupos sociais –, *da liberdade e da tolerância* – que exaltam a preocupação com a máxima liberdade individual – e *da não proteção de valores morais* – que se apressa a evitar que os chamados "desvios de conduta" sejam criminalizados, única e tão somente por não serem idênticos ao comportamento da maioria[105].

O simples merecimento de pena, entretanto, limitado à exclusiva proteção de bens jurídicos, não basta para que se oriente a atividade legislativa na difícil tarefa de criminalizar condutas. Mais ainda, é preciso que haja necessidade de intervenção penal, ou seja, é preciso que a sanção penal seja o único meio eficaz à tutela do bem jurídico com dignidade penal. Nesse ponto, em muito se aproxima a fragmentariedade da subsidiariedade, porquanto se reconhece, ainda que de forma precoce na fragmentariedade, a ineficácia de outros remédios.

Obviamente, a doutrina hodierna preocupa-se com a hipertrofia do Direito Penal, alavancado por recentes fatos, como o já citado ataque terrorista ao *World Trade Center*, e pela toada imposta pelos movimentos de lei e ordem que reconhecem no Direito Penal não a *ultima ratio*, mas a *prima ratio* ou a *sola ratio*.

A questão, todavia, não é recente e já reclama a preocupação desde há muito, como ensina o pranteado Luiz Luisi**[106]**.

A nosso ver, o princípio da intervenção mínima complementa o caráter subsidiário do Direito Penal, traduzido pela constatação de que apenas a intervenção penal é eficiente na proteção de determinados bens jurídicos. Como já afirmamos, aqui parece que a subsidiariedade se une à fragmentariedade, porquanto se averigua, tanto lá como cá, a real necessidade de tutela penal.

É necessário ressaltar que essa abordagem não é pacífica na doutrina, não encontrando eco, por exemplo, em Cezar Roberto Bitencourt, que considera a subsidiariedade manifestação do princípio da intervenção mínima, e a fragmentariedade, um princípio autônomo, como corolário da intervenção mínima e da legalidade**[107]**.

Convém ainda citar que há quem enxergue a necessidade da tutela penal como uma segunda etapa do processo de criminalização de condutas. Para Alice Bianchini, a necessidade é tida como um princípio autônomo, ou subprincípio do princípio da proporcionalidade.

Do exposto, temos em conclusão que a intervenção mínima, seja qual for a abordagem adotada, configura-se importante princípio limitador do direito

punitivo do Estado, manifestando-se no momento do processo de criminalização.

Importa salientar, ademais, que a chamada inflação legislativa é combatida com processos opostos, capitaneados pela doutrina penal, traduzidos pela despenalização**[108]**, descriminalização**[109]** e, também, pelo desaprisionamento**[110]**.

É vital, agora, avaliar o impacto do princípio *sub examine* no Direito Penal Militar. Considerando, inicialmente, ser um princípio a informar o legislador, deve-se ter em mente que sua utilidade se dá antes da positivação da vontade legislativa.

Com efeito, a ninguém interessa um Direito Penal Militar fora de proporções a alcançar todos os fatos. Contudo, invocar o minimalismo no momento da criminalização de condutas em seara castrense requer cuidado maior, tendo em conta o bem jurídico-penal militar.

Vale dizer, o legislador deverá ter em mente outros critérios influenciadores da criminalização, como – e principalmente – o bem jurídico-penal militar da regularidade das instituições militares na busca dos objetivos a elas conferidos pela própria Carta Cidadã, nascedouro, pelas teorias constitucionais, da dignidade dos bens a serem tutelados pelo Direito Penal.

Para denotar a diferença de aplicabilidade deste princípio no Direito Castrense, tomemos como exemplo o princípio da *não proteção de valores morais*, enumerado por Alice Bianchini. Por ele, inconstitucional é a criminalização de condutas ofensivas a valores morais, que não denotem risco ao convívio social sadio. Sob esse prisma, a criminalização do homossexualismo seria impraticável, o que colocaria em dúvida a constitucionalidade do art. 235 do CPM.

Incursionando no raciocínio do legislador penal militar, entretanto, deve-se notar, inicialmente, que o tipo penal criminaliza não só a relação homossexual, mas também com a mesma veemência a heterossexual.

A primeira mensagem, então, é a de que o crime não busca alcançar uma relação homossexual, mas qualquer relação sexual praticada intramuros – este é o segundo aspecto importante. Não se criminaliza, portanto, o

homossexualismo, mas a promiscuidade no interior dos quartéis, inequivocamente prejudicial à disciplina do Corpo de Tropa.

Em outras palavras, o legislador penal militar foi muito feliz em buscar vedar a promiscuidade no interior dos quartéis; se não fosse coibida, poderia gerar uma situação tal de cumplicidade que seria perniciosa à disciplina. Tutelou-se, desse modo, não um valor moral, mas um real bem jurídico digno dessa tutela.

É verdade que o acerto em descrever a conduta não o acompanhou no momento de posicionar topograficamente o tipo penal, que se encontra entre os crimes sexuais, o que esperamos seja corrigido brevemente.

No que concerne ao aplicador do Direito Penal Militar – limitando-se ao representante do Ministério Público e ao magistrado –, a invocação desmedida da intervenção mínima**[111]** é incorreta, porquanto estaria ele extrapolando em seu mister, ou seja, estaria legislando. Somem-se a esse argumento outros critérios a influenciar a decisão, como *finalidade da pena* em Direito Penal Militar.

Em outros termos, vale dizer que o operador do Direito deverá, no momento de aplicar a lei penal militar, cuidar para que não se afaste a prevenção geral positiva, turbando assim a compreensão por todos, mas principalmente pelo Corpo de Tropa, da norma e dos valores nela contidos.

Nossa postura, tanto em relação ao legislador penal militar como no que concerne ao aplicador da lei penal militar, por mais intervencionista que possa parecer, encontra, como já demonstrado, guarida nos preceitos constitucionais e significa, por paradoxal que se apresente, a exaltação de um direito protetor do cidadão, garantista em sua essência, uma vez que visa a obstar o arbítrio de agentes a serviço do Estado em turbar valores fundamentais da sociedade.

7.4.3. Princípio da insignificância

Respeitando as construções em sentido oposto, entendemos o princípio da insignificância, aplicável somente no Direito Penal**[112]**, como

desdobramento do princípio da intervenção mínima, porém afeto diretamente à tipicidade e, portanto, forte instrumento nas mãos do aplicador da lei penal.

Cunhado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964**[113]**, na inteligência deste princípio chega-se à conclusão de que nem toda conduta é dotada da lesividade necessária para merecer reprimenda penal. *Nullum crimen sine iniuria*, ou seja, não há crime sem que haja o dano, digno de reprovação, ao bem jurídico.

Dessa forma, é fácil notar, a questão da insignificância fulcra-se sobretudo no bem juridicamente tutelado, não em relação à dignidade do bem, já apreciada pelo legislador, mas no que tange à extensão do dano provocado pela conduta ao bem jurídico. Aliás, sobre essa questão, manifestamo-nos acima, quando da discussão do bem jurídico-penal militar.

Prima facie, o atencioso estudioso já identificaria que a aplicação nua e crua deste princípio levaria a situações inadmissíveis, como à não punição da tentativa, o que recomenda muita cautela em sua exaltação.

Questão a ser discutida diz respeito à exclusão do crime, ou seja, qual ferramenta deve ser usada para afastar a intervenção penal em face de uma conduta insignificante. A resposta está lastrada na tipicidade, entendendo a conduta descrita no tipo abstrato como aquela presumidamente lesiva o suficiente, no juízo do legislador, para gerar a repressão criminal, ficando as outras, que não alcançarem tal lesividade, fora da subsunção. Em conclusão, à luz do princípio da insignificância, a conduta não dotada de lesividade seria atípica.

É possível dar outra roupagem a esses postulados, sob a forma do *princípio da ofensividade*, afeto à seleção do bem jurídico-penal, ou melhor, à seleção da conduta lesiva o bastante para ser criminalizada pelo legislador. Nessa corrente, congraçada por Alice Bianchini, a insignificância da lesão, sob a forma do princípio da ofensividade, deve primeiro informar a atividade criminalizadora; se, porém, a "'obra do legislador se traduzir em uma formulação com possíveis e múltiplos significados literais que abarquem, de tal sorte, também comportamentos não lesivos nem perigosos para o bem jurídico a proteger, caberá ao intérprete garantir os direitos de liberdade do cidadão, reconduzindo a

repressão penal aos limites estabelecidos pelo princípio da ofensividade' (Dolcini & Marinucci, 1994, p. 154). Neste último aspecto, já se disse, o princípio serve como reserva de limitação do *ius puniendi*"**[114]**.

Deve-se, por derradeiro, averiguar se o princípio da insignificância pode informar também o Direito Penal Militar. A resposta, em sentido afirmativo ou negativo, merece ataques relevantes.

Caso não o admitamos, estaremos usando ferramenta mui grave para solução de bagatelas, como no já citado peculato pelo furto de poucas folhas de papel sulfite.

Por outro lado, pode ser defendido que se o incorporarmos ao Direito Castrense, estaremos dotando o aplicador da lei de um poder que não lhe cabe, ou seja, o de legislar. Ademais, fomentaríamos o esquecimento da regularidade das instituições militares, de acordo com o que sustentamos ao tratar do princípio da intervenção mínima, incentivando a falência da prevenção geral positiva.

A nós nos parece ter o princípio em apreço aplicação relativa, ficando ao jugo do operador, mormente o juiz, aplicá-lo quando a lei, atendendo ao critério da subsidiariedade, deixar ao discricionarismo do magistrado invocar a bagatela, como no caso do § 6º do art. 209 do CPM. Nesse ponto, a subsidiariedade, aspecto da intervenção mínima, seria sequenciada, agora pelo aplicador da lei, pelo princípio da insignificância.

A aplicação fora das possibilidades legais expressas também nos parece possível, contudo, devendo-se ter em foco os fins do Direito Penal Militar na tutela da regularidade das Instituições Militares. É o caso, novamente citamos e remetemos o leitor para a discussão acerca do bem jurídico-penal militar, do peculato, em que a persecução criminal de uma conduta de querela – como o peculato-furto de um vidro de detergente – poderia até mesmo desprestigiar o Direito Penal Militar. Por óbvio que o crime de peculato, por ser contra a Administração Militar, tutela a moralidade administrativa, e não o patrimônio da instituição, mas mesmo em se avaliando a moralidade chegaremos à conclusão de que o desprestígio, a afetação da Administração Militar foi ínfima, recomendando a não aplicação do Direito Penal Militar, mesmo porque – e aqui

voltamos ao caráter subsidiário do Direito Penal (comum e militar) – a repressão disciplinar do fato resolverá a questão a contento, evitando a reincidência (prevenção especial) e a repetição do comportamento pelo todo (prevenção geral).

Além dos interessantes julgados sobre o princípio da insignificância que trouxemos quando tratamos do bem jurídico-penal militar, para onde remetemos o leitor, também vale a pena consultar o posicionamento do Pretório Excelso em outros casos.

Iniciamos com uma decisão, com a qual concordamos, afeta ao crime de abandono de posto (art. 195 do CPM). A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, capitaneada pelo voto da relatora, a Ministra Ellen Gracie, decidiu, em 7 de outubro de 2008, no *Habeas Corpus* n. 94.931/PR:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL E PENAL MILITAR. *HABEAS CORPUS*. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ART. 195, CPM. ABANDONO DE SERVIÇO. FALTA DE JUSTA CAUSA. DENEGAÇÃO. 1. A questão de direito tratada neste *writ* diz respeito à possibilidade de se reconhecer a atipicidade da conduta dos pacientes com base no princípio da insignificância, já que foram denunciados como incursos nas sanções do art. 195, do Código Penal Militar. Há, também, tese de falta de justa causa relativamente ao paciente (...) que, nos termos da inicial deste *writ*, não teria participado ou concorrido de algum modo para a prática do crime. 2. Relativamente ao primeiro fundamento da impetração do *writ* – consistente na ausência de justa causa para o recebimento da denúncia –, a matéria envolve apreciação de acervo probatório produzido durante o inquérito e o procedimento administrativo disciplinar. 3. As condutas dos pacientes foram suficientemente individualizadas, ao menos para o fim de se concluir no sentido do juízo positivo de admissibilidade da imputação feita na denúncia. 4. Há substrato fático-probatório suficiente para o início e desenvolvimento da ação penal pública de forma legítima. Não há dúvida de que a justa causa corresponde a uma das condições de procedibilidade para o legítimo exercício do direito de ação penal. 5. Não ocorrendo ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, por ser mínima (ou nenhuma) a lesão, há de ser reconhecida a excludente de atipicidade representada pela aplicação do

princípio da insignificância. O comportamento passa a ser considerado irrelevante sob a perspectiva do Direito Penal diante da ausência de ofensa ao bem jurídico protegido. 6. O fato insignificante (ou irrelevante penal) é excluído de tipicidade penal, podendo, por óbvio, ser objeto de tratamento mais adequado em outras áreas do Direito, como ilícito civil ou falta administrativa. 7. Devido à sua natureza especial, o Direito Penal Militar pode abrigar o princípio da insignificância com maior rigor, se comparado ao Direito Penal Comum. Assim, condutas que podem, teoricamente, ser consideradas insignificantes para o Direito Penal Comum não o são para o Direito Penal Militar, devido à necessidade da preservação da disciplina e hierarquia militares. 8. Considero que os vetores para aplicação do princípio da insignificância – ausência de periculosidade social da ação, a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexpressividade da lesão jurídica causada, e falta de reprovabilidade da conduta – não se revelam presentes na hipótese ora em julgamento. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. 9. *Habeas corpus* denegado".

De notar que a decisão *supra* não obsta a aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal Militar, mas apenas comanda um maior rigor, em comparação ao Direito Penal comum, para sua aplicação, vetorizado pela "ausência de periculosidade social da ação, a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexpressividade da lesão jurídica causada, e falta de reprovabilidade da conduta".

Também houve afastamento do princípio da insignificância em crimes patrimoniais, especificamente no furto (art. 240 do CPM), desta vez pela Primeira Turma do STF. No *Habeas Corpus* n. 99.207/09, em 24 de novembro de 2009, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia, decidiu-se:

"*EMENTA*: *HABEAS CORPUS*. PENAL. FURTO. CÓDIGO PENAL MILITAR. BENS SUBTRAÍDOS COM VALOR SUPERIOR AO DO SALÁRIO MÍNIMO. CRIME COMETIDO DENTRO DE ESTABELECIMENTO MILITAR. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE RESTITUIÇÃO DOS BENS PARA A VÍTIMA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE FURTO

PRIVILEGIADO (ART. 240, § 2º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR): IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. 1. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 2. No caso dos autos, em que foi subtraída quantia superior à do salário mínimo e o delito foi praticado dentro de estabelecimento militar, não é de se desconhecer a presença da ofensividade e da reprovabilidade do comportamento do Paciente. 3. Para o reconhecimento de furto privilegiado, o Código Penal Militar exige que os bens subtraídos sejam restituídos à vítima. Na espécie vertente esse fato não ocorreu, considerando-se que os bens foram apreendidos. 4. Ordem denegada".

O mesmo se verificou, também na Primeira Turma do STF, no *Habeas Corpus* n. 98.159/MG, julgado em 23 de junho de 2009, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

"*EMENTA*: PENAL MILITAR. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE FURTO TENTADO. SUBTRAÇÃO DE UM LAPTOP. BEM PERTENCENTE À FAZENDA NACIONAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESVALOR DA AÇÃO E DO RESULTADO. ART. 240 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ORDEM DENEGADA. I – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica depende de que esta seja a tal ponto irrelevante que não seja razoável a imposição da sanção. II – No caso sob exame, não apenas a conduta afigura-se penalmente relevante, como também a *res furtiva* – um laptop pertencente à Fazenda Nacional – apresenta valor eco-nomicamente expressivo. III – Mostra-se cabível, na espécie, a aplicação do disposto no art. 240, §§ 2º e 5º, do Código Penal Militar, acompanhado do *sursis*, tal qual procedeu o juízo *a quo*. IV – Ordem denegada".

Em suma, não é vedada a aplicação do princípio da insignificância em Direito Penal Militar. Todavia, sua aplicação depende, como vimos defendendo, de uma avaliação mais acurada, que prestigie não apenas o bem jurídico

primeiramente focado pela norma penal, mas também outros bens jurídicos ligados às instituições militares, que podem estar evidentes ou velados na norma penal militar, a exemplo da hierarquia, da disciplina, da autoridade, enfim, de elementos que possam constituir a regularidade das forças militares.

7.4.4. Princípio da culpabilidade

Outro princípio de grandeza inquestionável é o da culpabilidade, monovalente, de aplicação geral ao Direito Público e também sem precisa previsão na Constituição Federal**[115]**. Sua natureza é constitucional, e, dessa forma, aplica-se não só ao Direito Penal mas também ao Direito Administrativo sancionador**[116]**.

Iniciemos nossa abordagem nas lições de Bitencourt, para quem o vocábulo "culpabilidade" apresenta-se em três acepções em Direito Penal. Assim, sobejamente, esclarece:

"Em primeiro lugar, a culpabilidade – como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal.

Em segundo lugar, a culpabilidade – como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc.

E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade – como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição de responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo ou culpa"**[117]**.

Acerca desta última acepção, muito bem leciona André Vinicius de Almeida, firmando que em atenção aos postulados da culpabilidade, afasta-se qualquer manifestação do *versari in re illicita*, traduzido pelo autor como a hipótese daquele que, fazendo algo não permitido, por puro acidente causa um resultado antijurídico, sem que este possa ser considerado como causado ao menos culposamente (responsabilidade objetiva). Afasta-se igualmente a responsabilidade pelo fato de outrem. Afirma ainda que pelo aspecto apresentado, "é possível relacionar o *nullum crimen sine culpa* com o princípio da legalidade, pois o juízo de tipicidade que nele é fundado pressupões exatamente a verificação do dolo ou, excepcionalmente, da culpa. Inexistentes um e outro, atípico é o comportamento**[118]**.

Resumindo, pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade..."**[119]**.

Denota-se que, ainda que o vocábulo apresente três acepções, somente com a pretensão de obstar a responsabilidade penal objetiva – a última acepção das palavras de Bitencourt, susoconsignada – é que se transfigura em princípio norteador do Direito Penal (*nullum crimen sine culpa*).

Com razão, pode-se entender a culpabilidade como ideia fulcral de crime, integrando, pois, seu conceito analítico, compondo uma estrutura tripartida. A essa acepção voltaremos quando discorrermos sobre a teoria geral do delito.

Pode-se ainda entender a culpabilidade como medida da reprimenda penal, que orienta a dosimetria da pena, inferindo uma medida retributiva justa ao delito. A propósito dessa acepção, convém lembrar o art. 69 do CPM, que expressamente comanda: "Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do *dolo ou grau da culpa*, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime". (grifo nosso)

É como vedação à responsabilidade penal objetiva, no entanto, que a expressão ganha o *status* de princípio limitador. Por ele, princípio da culpabilidade, ninguém pode sofrer reprimenda penal se não houver atuado com culpa, na acepção lata da palavra.

Notará o estudioso perspicaz que nesse ponto o estudo do princípio da culpabilidade tangencia o estudo do fato típico, porquanto contida neste está a análise da conduta típica, sempre provida de dolo ou culpa, na estrutura finalista, para que possa gerar responsabilidade penal. No caso de um instrumento causalista, como o é o Código Penal Militar, a avaliação do dolo e da culpa está afeta à culpabilidade, e não ao fato típico, porém, de toda forma, não haverá, em regra, pena sem a constatação de que o agente operou com dolo ou, no mínimo, com culpa, o que encerra o princípio em estudo.

Em que pese o apanágio orientador, a legislação penal, tanto comum como castrense, consagra resquícios de responsabilidade objetiva. É o caso, a nosso ver, do instituto do *erro de direito*, previsto no art. 35 do CPM, questão que retomaremos adiante.

7.4.5. Princípio da humanidade

Diretamente ligado ao fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, comanda este princípio, de aplicação ao Direito Público como um todo, que o Direito não pode vilipendiar a esfera de higidez do ser humano, em seus mais diversos aspectos.

Consagrado pelas ideias iluministas, em suma, inclina a atuação do Direito Penal para o próprio homem, em seu favor, e não turbando desnecessariamente suas liberdades. É possível, portanto, reconhecer os postulados do princípio da humanidade em todos os demais, porquanto buscar-se-ão limites para a atuação estatal.

Em análise mais prática, entretanto, pode-se afirmar que esse princípio é o limite claro para a imposição das penas. Significa, em outras letras, vedar a aplicação da pena capital, a prisão perpétua, os castigos corporais – muito comuns em um recente período da história da disciplina militar[120] –, a

mutilação ou qualquer outra pena que coloque em sofrimento o autor de um delito sem que haja legitimidade pela necessidade da aplicação da sanção.

Em que pesem as considerações acima, providencial a advertência de Bitencourt ao afirmar que "não se pode olvidar que o Direito Penal não é necessariamente assistencial e visa primeiramente à justiça distributiva, responsabilizando o delinquente pela violação da ordem jurídica. E isso, na lição de Jescheck, 'não pode ser conseguido sem dano e sem dor, especialmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais e utilizar a prática delituosa como oportunidade para premiar...'"**[121]**.

De fato, já anuímos em que a pena é, em sua essência, um mal. E pleitear um sistema penal livre de males é proposta utópica, no que de pejorativo possui a palavra.

Esse mal, inevitável e exigido pelo sistema penal, deve conter o mínimo de lesão necessário para a prevenção, em nossa concepção, a prevenção geral positiva.

Ressalva deve ser feita, no que tange ao Direito Penal Militar, em relação à aplicação da pena capital em caso de guerra. A dignidade da pessoa humana, com efeito, consubstancia-se em um fundamento supremo, inarredável em nosso Estado de Direito, cravado que está na Norma Fundamental.

Entretanto, a mesma Norma, ao nortear a política criminal pátria, assentiu na instalação da pena capital, em caso de guerra declarada. Dessarte, considerando a Constituição Federal um sistema a concatenar a ordem jurídica, mais ainda, levando em consideração a inexistência de limites para o Poder Constituinte originário, entendemos a previsão, embora afrontadora da dignidade humana, perfeitamente admissível sob o enfoque técnico, obviamente descurando de seus desdobramentos filosóficos, sobretudo à luz do direito natural e da doutrina contratualista.

Acerca da pena capital, retomaremos o tema por ocasião do estudo das penas principais.

8. CRIME PRÓPRIA E IMPROPRIAMENTE MILITAR

8.1. Critério de configuração do crime militar

Em 1915, já defendia Esmeraldino Bandeira que, nas diversas civilizações, não existia, à época, um critério científico, nem legal nem judiciário, unanimemente aceito para classificar o crime militar, e, principalmente com o escopo de diferenciá-lo do crime comum, foram idealizados inúmeros critérios. Essa diversidade, nas palavras do mesmo autor, deve-se à complexidade social, e não propriamente à abordagem jurídica, já que a legislação militar de um povo reflete em muito sua cultura civil, de modo que ao variar estruturalmente, uma sociedade também possuirá uma específica conformação para seu Direito Penal Militar. Essa diversidade, no entanto, não impede que em determinado país a lei enumere critérios seguros para a definição do crime militar e, tampouco, que a doutrina daquela época já fizesse a cisão entre os crimes propriamente ou essencialmente militares e os crimes impropriamente ou acidentalmente militares**[122]**.

Deve-se, contudo, entender que a divisão dos delitos militares entre essenciais e acidentais não importa no ordenamento pátrio em uma diferenciação de configuração do delito ou mesmo de competência de julgamento; pode-se afirmar que ambas as categorias (próprios ou impróprios) são crimes militares e julgados, com exceção do crime doloso contra a vida de civil praticado por militares dos Estados, pelas Justiças Militares Estaduais e da União.

Dessa forma, urge primeiro saber quais os critérios de configuração de um crime militar, para, uma vez incluindo determinado fato nesse rol, definir se se trata de crime essencialmente militar ou acidentalmente militar. Nesse mister, os critérios iniciais foram, como também ensina Esmeraldino Bandeira, o critério *ratione materiae* e o critério *ratione personae*, filiando-se o primeiro ao Direito Romano primitivo e o segundo ao Direito Germânico inicial**[123]**. Em momento posterior, agregaram-se a essas classificações as dos crimes militares *ratione loci* e *ratione temporis*.

Pelo critério *ratione materiae*, será delito militar aquele cujo cerne principal da infração seja matéria própria de caserna, intestinamente ligada à vida militar. Essa visão não é a de Esmeraldino Bandeira, que reconhece o critério *ratione materiae* simplesmente pela presença de militar no polo ativo e passivo do delito focado**[124]**.

Já para o critério *ratione personae*, na tradicional visão do autor supracitado, o crime militar estará configurado quando houver a qualidade de militar apenas no agente**[125]**. Preferimos, todavia, entender que o delito *ratione personae* estará configurado com a presença da condição de militar nos sujeitos ativo e passivo da relação que envolve o delito.

Os critérios *ratione temporis* e *ratione loci*, por sua vez, davam a delitos tidos como comuns a roupagem de delitos militares, simplesmente pelo fato de terem sido praticados em determinado lugar (*ratione loci*) ou em determinado período (*ratione temporis*), com a afetação das instituições militares.

Ocorre que multiplicidade de critérios definidores conduzia, inexoravelmente, à impossibilidade de uma exata concepção, havendo momentos na história da legislação penal militar brasileira em que um critério se sobrepunha ao outro, o que forçosamente influenciou o legislador penal de 1969 a adotar todos os critérios enumerados, sem que houvesse a prevalência clara de um deles, o que levou à conclusão de que o critério adotado em nosso país para a configuração do crime militar foi o critério *ratione legis*, ou seja, crime militar é aquele delineado como tal pela lei penal militar.

O critério *ratione legis* é adotado, deve-se notar, não só no Brasil, mas também em países como Alemanha, Itália e Espanha. O art. 20 do Código Penal Militar espanhol, a Ley Orgánica n. 13, de 9 de dezembro de 1983, por exemplo, dispõe que são delitos militares aquelas ações e omissões, dolosas ou culposas, apenadas pelo respectivo Código, exaltando, assim, o critério *ratione legis***[126]**.

Assim, voltando ao caso do Direito Penal Militar brasileiro, são crimes militares aqueles enumerados pela lei, que estudaremos no decorrer desta obra e, posteriormente, pela Parte Especial. Tal critério, adotado desde a Constituição de 1946, evidencia-se na atual Carta Magna pelo disposto nos arts. 124 e 125, § 4º.

A lei penal militar, todavia, vale-se de conceituações arrimadas nos critérios enumerados para eleger pontualmente os crimes militares. Dessarte, ao entender como crime militar o fato tipificado nas duas legislações penais (comum ou militar), simplesmente por ter sido praticado por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação, conforme enumera a alínea *a* do inciso II do art. 9º do CPM, o legislador orientou-se por uma concepção *ratione personae* (ou *ratione materiae*, na visão de Esmeraldino Bandeira), ao mesmo tempo que na alínea *d* do mesmo inciso assumiu a postura do critério *ratione temporis*, já que tornou militar o crime praticado por militar da ativa contra civil, reformado ou militar da reserva, durante o período de manobra ou exercício.

8.2. Relevância da distinção entre crimes propriamente e impropriamente militares

Não há nos dias atuais, também é preciso ressaltar, singular dispositivo legal que defina o crime propriamente militar, distinguindo-o do impropriamente militar, ficando tal distinção a cargo da doutrina e da jurisprudência.

A legislação vigente, por outro lado, atribui relevantes efeitos jurídicos a uma dessas subespécies, qual seja, o crime militar próprio ou propriamente militar, daí por que se deve conhecer amiúde a distinção, não sem antes enumerar quais as razões que demandam o estudo do tema.

A relevância do estudo, em primeiro lugar, surge de uma imposição atual relativa mais ao Direito Processual Penal Militar e ao Direito Constitucional que propriamente ao Direito Penal substantivo. Resume-se na possibilidade, sempre em voga, mas desmedida em nossa visão, de restrição da competência da Justiça Militar.

Não raras vezes vozes se levantam para sustentar que tão só os crimes propriamente militares devem ser julgados pela Justiça Castrense, como o fez, em 1992, o substitutivo da relatora Deputada Federal Zulaiê Cobra Ribeiro à Proposta de Emenda à Constituição n. 96-A, que propunha, inicialmente, a extinção da Justiça Militar Estadual, bem como que a Justiça Militar da União passasse a processar e julgar apenas os crimes propriamente militares definidos

em lei.

Não entraremos no mérito dessas propostas, como a acima enumerada, mesmo porque, convém lembrar, um outro movimento acena em sentido oposto, ou seja, em favor de um alargamento da competência das Justiças Militares. A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, é a materialização dessa vertente, porquanto não só manteve, no âmbito estadual, a competência para julgar os crimes acidentalmente militares como ampliou sua competência para apreciar ações impetradas contra atos disciplinares, próprios das instituições militares**[127]**.

Ainda na seara processual e constitucional, cumpre lembrar que alguns afirmam a recepção em parte do art. 18 do CPPM pela Constituição Federal, notadamente por seu art. 5º, LXI.

O art. 18 do CPPM dispõe que, "Independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até trinta dias, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente. Esse prazo poderá ser prorrogado, por mais vinte dias, pelo comandante da Região, Distrito Naval ou Zona Aérea, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica". Note-se que pelo dispositivo em comento é possível a detenção do indiciado sem a existência de flagrante delito ou de ordem judicial fundamentada em qualquer crime militar.

Ocorre que o inciso LXI da Constituição Federal não recepcionou plenamente tal dispositivo, ao dispor que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, *salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*", sendo clara a compreensão de que o art. 18 do CPPM foi recepcionado em parte, somente podendo ser aplicado para crimes propriamente militares**[128]**.

Por fim, outro dispositivo que exige a distinção entre crime propriamente e impropriamente militar é a previsão no Código Penal comum da impossibilidade de indução à reincidência por crime propriamente militar anteriormente praticado, nos termos do art. 64, II, do Código Penal comum.

Assim, e. g., uma deserção, crime propriamente militar como veremos adiante, não dará ao seu autor a condição de reincidente em futura prática de delito comum, ainda que aquém do período depurador, constante no art. 63 do Código Penal comum.

Tome-se a cautela de lembrar que não há reciprocidade no Código Penal Militar para o tratamento da reincidência, ou seja, uma condenação anterior por crime comum induzirá à reincidência em eventual futuro julgamento por crime militar, ainda que se trate de um crime propriamente militar, obviamente, se praticado aquém de cinco anos, contados a partir da data do cumprimento ou extinção da pena (período depurador, constante no § 1º do art. 71 do CPM).

Como visto, pelos exemplos acima, ainda que a lei tenha negligenciado em separar os crimes propriamente militares dos impropriamente militares (ou acidentalmente militares), há necessidade de que a doutrina se debruce sobre a questão. É o que pretendemos fazer mediante a identificação dos crimes puramente militares**[129]**; portanto, por exclusão, ter-se-á noção dos chamados impropriamente militares.

Convém, antes de passar às teorias, deixar claro que crimes militares próprios não se confundem com crimes próprios militares. Estes constituem infrações penais militares que somente podem ser cometidas por militar em uma condição funcional específica, como a de *comandante* (arts. 198, 201 etc.).

8.3. Teoria clássica

Para a distinção entre crime propriamente militar e crime impropriamente militar, buscamos exemplo, inicialmente, no Direito Romano, que alicerçou a antiga doutrina clássica.

Para a *teoria clássica*, adotada por Célio Lobão**[130]** e Jorge César de Assis**[131]**, crimes propriamente militares seriam os que só podem ser cometidos por militares, pois consistem em violação de deveres que lhes são próprios.

Trata-se, pois, do crime funcional praticável somente pelo militar, a exemplo da deserção (art. 187), da cobardia (art. 363), dormir em serviço (art. 203) etc.

Em contraposição, os crimes comuns em sua natureza, praticáveis por qualquer pessoa, civil ou militar, são os chamados impropriamente militares. Como exemplo podemos citar o homicídio de um militar praticado por outro militar, ambos em situação de atividade (art. 9º, II, *a*, c/c o art. 205), ou a violência contra sentinela (art. 158).

A essa construção a doutrina especializada admite uma exceção, qual seja, o crime de insubmissão (art. 183), considerado o único crime propriamente militar que somente o civil pode cometer.

Note-se que, apesar de ser praticado por um civil, a incorporação do faltoso, portanto, a qualidade de militar, é condição de punibilidade ou de procedibilidade, nos termos do art. 464, § 2º, do CPPM. Vale dizer que, antes de adquirir a qualidade de militar, com sua inclusão nas Forças Armadas, não cabe ação penal contra o insubmisso.

8.4. Visão da doutrina penal comum: uma "teoria topográfica"

A doutrina penal comum, pouco interessada no Direito Penal Militar, simplificou a cisão, encontrando na posição do crime, ou nos elementos constitutivos do tipo, a resposta ideal.

Segundo essa abordagem, os crimes propriamente militares têm definição diversa da lei penal comum ou nela não se encontram. Seriam crimes militares próprios, dessarte, aqueles de que trata o inciso I do art. 9º do CPM; e impropriamente militares os abrangidos pelo inciso II do mesmo dispositivo.

Essa é a visão predominante entre os autores de Direito Penal comum, que a expõem, em regra, quando tratam da reincidência, em especial o inciso II do art. 64 no Código Penal comum. Nesse sentido, Celso Delmanto afirma que crimes militares próprios são "os delitos que estão definidos apenas no CPM e

não, também, na legislação penal comum"[132]. *Vide*, ainda, Fernando Capez, para quem crimes propriamente militares são aqueles "definidos como crimes apenas no Código Penal Militar"[133].

Embora, como dito, predominante na doutrina penal comum, é possível encontrar autores de Direito Penal Militar que preferem essa teoria, a exemplo do que ocorre com Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, assinando que a "doutrina brasileira basicamente estabelece que duas são as espécies de crimes militares, os crimes propriamente militares, que são aqueles que se encontram previstos apenas e tão somente no Código Penal Militar, como, por exemplo, a deserção, a insubmissão, o motim, o desacato a superior, entre outros, e os crimes impropriamente militares, que são aqueles que se encontram previstos tanto no Código Penal Brasileiro como também no Código Penal Militar, como exemplo, o furto, o roubo, a lesão corporal, o homicídio, a corrupção, a concussão, entre outros"[134].

8.5. Teoria de Jorge Alberto Romeiro: "teoria processual"

A exceção à teoria clássica, isto é, o caso da insubmissão, levou Jorge Alberto Romeiro, com muita perspicácia, a adaptar essa teoria, afirmando que crime propriamente militar traduz-se por aquele "cuja ação penal somente pode ser proposta contra militar"[135].

Ainda que esta teoria sofra ataques variados, principalmente por atrelar um critério processual a uma definição própria do Direito Penal material, julgamos ser ela a mais adequada a solver as questões que se apresentam acerca da temática, desde que se tenha em mente a ressalva do princípio *tempus regit actum*, ou seja, a verificação do crime própria ou impropriamente militar deve-se dar em módulo, descartando-se a possibilidade de o sujeito ativo ser excluído da força militar pela via administrativa ou pedir exoneração. Em exemplo, se um militar praticar violência contra superior e no dia seguinte ao delito pedir exoneração, o fato de ser no momento da propositura da ação um civil não influenciará na classificação, porquanto deve-se analisar o crime em abstrato para a correta classificação, não no caso concreto, ou seja, deve-se verificar, no

momento da ação, contra quem poderia ser proposta a ação penal por aquele crime.

O alerta de focar o crime abstratamente, ademais, deve informar também a análise no que concerne à impossibilidade de o civil cometer crime militar na esfera estadual, assunto que trataremos mais adiante, sendo equivocado o raciocínio de que como o civil não comete crime militar na esfera estadual – posicionamento majoritário na doutrina e jurisprudência –, a ação penal militar nesse âmbito não pode ser proposta senão contra um militar, o que tornaria todo crime militar, na esfera estadual, um crime propriamente militar. Esse raciocínio, voltamos a ressaltar, não é correto, já que para a classificação deve-se ter em foco, como já dissemos, o tipo penal em abstrato, e não o caso concreto.

Para demonstrar o risco de equivocada acepção, imaginemos que um Oficial da Polícia Militar, encarregado de Inquérito Policial Militar, entenda que todo crime militar na esfera estadual consiste em um crime propriamente militar e, em face dessa premissa, decida deter o indiciado por crime de homicídio *inter milites*, com base no art. 18 do CPPM. Haverá, sem sombra de dúvidas, conduta irregular do Oficial, passível de correção por *habeas corpus*, importando em prática transgressional, não alcançando um abuso criminoso, assim entendemos, apenas pela falta do elemento subjetivo.

Acompanhando, portanto, o mestre Romeiro, desde que feitas as ressalvas acima, entendemos ser propriamente militar o crime cuja ação penal somente possa ser proposta em face de um militar, isso com foco no tipo penal verificado, no momento da ação ou da omissão do agente.

8.6. Classificação tricotômica de Ione de Souza Cruz e Cláudio Amin Miguel

Embora tenhamos elegido nossa teoria predileta, é necessário reconhecer que a teoria topográfica e a teoria clássica dividem o prestígio dos principais autores e aplicadores do Direito Penal (comum e militar), sendo ambas muito bem aceitas.

Por todos, *vide* as lições de Antônio Scarance Fernandes, que ao tratar da competência da Justiça Militar e após afirmar que a lei penal militar não distingue crime propriamente militar de crime impropriamente militar, afirma que "crime propriamente militar, cujas raízes remontam ao direito romano, é aquele 'que só por militar poderia ser praticado, pois consiste na violação de deveres restritos, que lhe são próprios', sendo identificado por dois elementos: a qualidade do agente (militar) e a natureza da conduta (prática funcional). São os crimes considerados impropriamente militares quando, apesar de 'comuns em sua natureza, cuja prática é possível a qualquer cidadão (civil ou militar)', passam a ser considerados militares porque praticados 'por militar em certas condições'. Enquadram-se, aí, também os crimes militares praticados por civis"**[136]**. Claramente, nessa primeira parte de sua importante obra, o ilustre Professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco segue a linha da teoria clássica, aguçadamente exposta por Jorge Alberto Romeiro e adotada por Célio Lobão e Jorge César de Assis. Contudo, em trecho logo em seguida, o autor revela que "outra forma bastante usual de identificar o crime propriamente militar é a que leva em conta os incisos do art. 9º do Código Penal Militar. Seria propriamente militar o crime definido somente pela lei penal militar sem correspondente na lei penal comum". Também de forma cristalina, o autor reconhece a relevância da "teoria topográfica", evidenciando a polêmica que buscamos demonstrar.

As teorias apresentadas, embora possuam pontos de coincidência, não são exatamente iguais, podendo-se afirmar, por exemplo, que todo crime propriamente militar está apenas no Código Penal Militar, ou nele com tipificação diferente da legislação penal comum (e. g., art. 157, violência contra superior, e art. 187, deserção), mas nem todo crime impropriamente militar, sob o viés da teoria clássica, possui idêntica tipificação no Código Penal comum, como o caso do art. 158 (violência contra militar de serviço), que, embora possa ser cometido por qualquer pessoa, apenas está previsto no CPM.

Atentos a essa dificuldade, Ione Souza e Cláudio Amin idealizaram uma teoria tricotômica, marcada pela divisão dos crimes militares em propriamente militares, tipicamente e impropriamente militares.

Para os autores, crime propriamente militar é aquele que somente

pode ser praticado por militar, a exemplo do abandono de posto (art. 195). Crime tipicamente militar, por sua vez, é aquele que só está previsto no Código Penal Militar, não importando qual a sujeição ativa possível, a exemplo do crime de insubmissão (art. 183). Por fim, crime impropriamente militar é aquele que se encontra previsto tanto no Código Penal Militar como no Código Penal comum, como o crime de homicídio (art. 205 do CPM)[137].

Embora a teoria trazida pelos citados autores gere interesse de muitos estudiosos, com nosso pedido de vênia aos seus adeptos, reiteramos nossa preferência pela teoria idealizada por Jorge Alberto Romeiro, com o viés por nós sugerido.

9. RELAÇÃO DO DIREITO PENAL MILITAR COM OUTRAS CIÊNCIAS E OUTROS RAMOS DO DIREITO

Tal como o Direito Penal comum, o Direito Penal Militar sofre a interferência de várias ciências afins e auxiliares, todas a contribuir para um sistema penal repressivo eficaz ao mesmo tempo que humano.

Dessa forma, buscaremos, brevemente, indicar alguns pontos de ligação entre o Direito Penal Militar e outras ciências, pedindo vênia para usar de uma análise um tanto quanto prática, sem rigor técnico excessivo.

9.1. Medicina Legal

Pela mensuração do resultado dos crimes nas vítimas, a Medicina Legal, disciplina auxiliar do Direito Penal, colabora na elaboração da lei, ao mesmo tempo que, aqui já em enfoque processual, converte-se em importante instrumento utilizado para a definição de autoria, calcada em prova eminentemente técnica.

Sem embargo, os avanços médicos têm levado à minimização dos

erros judiciários, haja vista o fenômeno notado nos países que adotam a pena de morte e dispõem de tecnologia de exploração do DNA.

9.2. Criminalística

Compõe várias ciências na investigação criminal. Também chamada de Polícia Científica, essa disciplina auxiliar do Direito Penal colabora para a definição de autoria e materialidade pela constatação e colheita de manchas, impressões digitais e palmares, pegadas etc.

A Criminalística busca na tecnologia o apoio necessário para acelerar e precisar seus trabalhos. No Japão, por exemplo, com o sistema chamado *Automatic Fingerprint Identification System* (AFIS), as impressões digitais de criminosos são mantidas em banco de dados e podem ser comparadas com as deixadas no sítio do crime, por um processo informatizado.

9.3. Psiquiatria Forense

É, igualmente, outra disciplina auxiliar do Direito Penal. A questão principal sobre que se debruça é a imputabilidade. Essa ciência médica busca avaliar a capacidade de entendimento do fato delituoso pelo criminoso, contribuindo, assim, para sua responsabilização e para a prescrição de tratamento psíquico curativo.

9.4. Ciências Criminais

Convém assinalar que a doutrina, ao tratar das relações do Direito Penal, consagra o vínculo existente com as chamadas Ciências Criminais, classificação em que se situam a Sociologia criminal, a Biologia criminal e, principalmente, a Criminologia.

Israel Drapkin Senderey, citado por Mirabete, define criminologia

como o “conjunto de conhecimentos que estudam os fenômenos e as causas da criminalidade, a personalidade do delinquente e a sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo”**[138]**.

A essa Criminologia tradicional, iniciada por Lombroso, seguiu-se a Criminologia crítica, de acordo com a qual o estudo criminológico deve transcender o estudo técnico do criminoso, seu comportamento etc., alcançando fatos mais relevantes, posicionando-se filosoficamente.

9.5. Filosofia do Direito

Como todos os demais ramos das ciências jurídicas, o Direito Penal Militar relaciona-se com a Filosofia do Direito, ciência jurídica fundamental – ao lado da Teoria Geral do Direito e da Sociologia Jurídica –, porquanto a investigação desta leva à fixação de princípios lógicos, à formulação de conceitos e à definição de categorias fundamentais e indispensáveis à elaboração da lei penal.

Dessarte, vários conceitos de Direito Penal Militar contêm em seu bojo fundamentos filosóficos. São exemplos clássicos a formulação dogmática do conceito de dolo e de culpa, a construção da estrutura jurídica da culpabilidade, tendo o livre-arbítrio, no estágio atual, como premissa do desenvolvimento do raciocínio, os postulados do período humanitário, que encontrou na Ilustração seus mais fortes postulados, influenciando em questões afetas aos limites da intervenção penal, à finalidade da pena etc.

9.6. Sociologia Jurídica

Eis outra ciência jurídica fundamental ao estudo do Direito Penal Militar. Enxergando o fenômeno jurídico como um fato social, imprime ao fato criminoso, com base no estudo dos agrupamentos humanos, o caráter de alteração social, que se dá por vários fatores, inerentes ao convívio social.

Nesse sentido, o crime, além de fato social, seria fenômeno integrante

do próprio desenvolvimento da Humanidade, porquanto constituiria um indicador para a repressão de condutas. Em outros termos, somente se pode ter ojeriza pelo homicídio a partir do momento que esse fato surge no seio social, ou seja, somente após um elemento do corpo social matar seu semelhante.

Ressalte-se que o Direito Penal centra-se na conduta humana; a Sociologia busca esmiuçar os aglomerados humanos, para proporcionar o seu conhecimento profundo, funcionando, pois, como estudo profilático na elaboração das leis.

9.7. Direito Constitucional

Ingressamos, agora, no estudo da relação do Direito Penal Militar com outros ramos do Direito, iniciando pelo ramo fundamental, nascedouro de todo o ordenamento jurídico vigente.

O Direito Constitucional guarda singular relação com o Direito Penal Castrense, porquanto é sua matriz, ao mesmo tempo que fornece vários subsídios para sua interpretação.

Nasce da própria Norma Constitucional a possibilidade de existência do Direito Penal Militar como ciência autônoma, especial, em razão principalmente do que consignam os arts. 122, 123, 124 e 125, § 4º, da CF.

Ademais, dá-nos indicativos para interpretar a norma penal militar, evidenciando, por exemplo, o conceito de militar, expandido pela previsão do art. 42 da Carta Maior, e a identificação do bem jurídico-penal militar com base na missão precípua das organizações militares (arts. 142 e 144 da CF) etc.

Interfere, ainda, na temática das penas, porquanto orienta o legislador ordinário a ter a dignidade da pessoa humana como fundamento, ao mesmo tempo que excepciona a pena capital e veda a de caráter perpétuo.

9.8. Direito Administrativo

O Direito Penal Militar encontra no Direito Administrativo uma complementaridade inquestionável, na medida em que várias disposições penais dependem da interpretação dada pelo Direito Administrativo.

São exemplos dessa complementação a compreensão de militar da reserva, reformado, incorporado – condição exigida, nos termos do art. 22 do CPM, para que esteja o militar na ativa –, bem como o conceito de superior hierárquico, não evidenciado pelo art. 24 do CPM etc.

Como se denota, em várias ocasiões o Direito Penal Militar está obrigado a beber do Direito Administrativo.

9.9. Direito Administrativo Disciplinar

Cumpre mencionar, inicialmente, que consideramos o Direito Administrativo Disciplinar ramo autônomo do Direito, em razão de estar vinculado a postulados e princípios próprios.

Nesse sentido, Egberto Maia Luz, a começar pelo título de uma de suas obras**[139]**, nitidamente vê a autonomia do Direito Disciplinar. Ensina o insigne administrativista que o Direito Administrativo Disciplinar está "com objeto próprio, com normas específicas, com campo delimitado, porém, não distante da sistemática da Administração Pública, que, embora não o deferindo ao Poder Judiciário, consagra-lhe normas e princípios que este adota, quer algumas de natureza civil e muitas outras de natureza penal e processual penal"**[140]**.

Incorporando essa premissa, pode-se asseverar que o Direito Penal Militar e o Direito Administrativo Disciplinar (Militar) se relacionam de forma intensa justamente por ter a hierarquia e a disciplina como base de toda a estrutura jurídica construída, resultando em uma relação muito próxima entre o ilícito penal militar e o ilícito disciplinar. Essa relação merece alguns comentários detidos, o que passaremos a fazer a partir de agora.

O militar, a exemplo do servidor público civil, está sujeito a uma tríplice responsabilidade, no que tange aos atos ilícitos que pratica. É dizer que o policial militar, por exemplo, ao praticar uma conduta irregular, poderá sofrer

consequências nas esferas penal, civil e administrativa. Some-se a essas esferas a improbidade administrativa, enxergada como quarta via de responsabilização, com fulcro no art. 12 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**[141]**.

A responsabilidade administrativa encontra seu delineamento nos estatutos e regulamentos disciplinares, o que colore a responsabilidade em relevo com a designação de disciplinar. Em outras palavras, surge a chamada responsabilidade administrativo-disciplinar ou, simplesmente, responsabilidade disciplinar dos militares. A responsabilidade penal, por sua vez, conhece seus contornos nas leis penais, em especial para nosso raciocínio, no Código Penal Militar. Por fim, a responsabilidade civil encontra como norma motriz o Código Civil, sobre o qual não teceremos comentários por fugir ao nosso escopo.

O ponto central da discussão, dessarte, reside em entender como se processa, na visão doutrinária, a interação dessas esferas, ou seja, deve-se averiguar, para o raciocínio que se afigura, se as esferas são independentes ou não entre si, principalmente no que se refere à responsabilização penal militar e administrativa.

Para a abordagem desse aspecto, deve-se cindir a discussão sob dois enfoques: a concepção dos ilícitos penal militar e disciplinar e o processamento desses ilícitos.

Em primeiro plano, no que concerne à concepção do ilícito disciplinar e o ilícito penal militar, deve-se discutir se há diferença entre eles e, em havendo, qual é essa diferença. Essa discussão, frise-se, toma lugar na discussão não propriamente sobre o ilícito praticado, e sim sobre a consequência do ilícito, ou seja, a pena e a sanção disciplinar.

Para alguns, há sim uma diferença, mas consistindo ela em uma concepção qualitativa. Em outras palavras, a diferença entre a pena criminal e a sanção disciplinar ("pena disciplinar"), portanto, entre crime militar e transgressão, é substancial, de sorte que o ilícito disciplinar se diferencia do penal militar em face do objeto de incidência, diferente num caso e noutro. Nesse sentido diz Rogério Luís Marques de Mello, arrimado em Laband e Cretella Júnior, que "*penas disciplinares 'não são castigos, no sentido do direito penal, mas meios de que dispõe o Estado para assegurar a boa ordem no serviço e a*

observância dos deveres prescritos"'**[142]**.

Prossegue concluindo que:

*"..., em suma, enquanto a pena criminal visa ressocializar o indivíduo diante da perturbação causada à ordem pública, a sanção disciplinar resulta da 'necessidade de proteção de uma ordem administrativa interna, de valores de hierarquia, subordinação, coordenação entre os múltiplos funcionários públicos ou tutela de peculiares deveres profissionais' (Osório, 2000, p. 126)"****[143]***.

Mais ainda, que:

*"... os objetivos do direito administrativo disciplinar, conforme Nieto (1994) citado por Osório (2000, p. 119), 'estão intimamente vinculados à busca de interesses gerais e públicos, o que impede uma contaminação penalista 'inspirada exclusivamente por la obsesión de las garantías individuales. Es obvio, desde luego, que ningum jurista auténtico se opondrá nunca a la ampliación y consolidación de tales garantías, que son irrenunciables; pero tampoco es lícito pretender agotar en ellas el contenido del Derecho público, cuya vertiente fundamental es la promoción y garantía de los intereses generales y colectivos'"***[144]**.

Para outros, no entanto, a diferença entre as consequências da prática do ilícito penal militar e administrativo, e dessa forma da própria natureza dos ilícitos, não é substancial (qualitativa), e sim de gradação (quantitativa), ou seja, o ilícito penal militar e o ilícito disciplinar possuem o mesmo objeto, aviltam o mesmo bem da vida, apenas diferenciando-se na gradação de afronta num caso e noutro. Nesse sentido, Lúcia Valle Figueiredo:

"Deveras, a diferença fundamental entre as sanções administrativas e as penais está apenas na gravidade da infração.

Enfatizamos que as sanções administrativas têm caráter repressivo, porém para infrações consideradas pelo legislador como potencialmente menos agressivas. O ilícito administrativo é punido, por isso mesmo, com sanções administrativas, e não com penas privativas de liberdade ou penas alternativas, como modernamente também se pode utilizar quando se tratar de sanções

penais"[145].

Com efeito, parece-nos mais adequada a conclusão pela visão quantitativa, e não qualitativa, ou seja, ilícito administrativo e ilícito penal militar possuem diferenças apenas no que concerne à intensidade de violação de um bem jurídico tutelado normativamente que pode coincidir nas duas situações.

Respaldando essa visão, citamos Frederico Magno de Melo Veras:

"Evidentemente que as transgressões militares não fazem parte do Direito Penal Militar, mas sim do Direito Penal Disciplinar, dessa forma, poder-se-ia de pronto afirmar que de nada adianta seu exame para um estudo de verificação da culpabilidade nos crimes propriamente militares.

Na verdade, não é assim, pois se é certo que as transgressões militares não são crimes, em muitos casos, torna-se evidente que certos crimes propriamente militares nada mais são que a *elevação* ao *status* de crime de comportamentos de indisciplina militar de considerável gravidade"[146].

Como exemplos, tomem-se a hierarquia e a autoridade militares. No crime de desrespeito a superior (art. 160 do CPM), notadamente, a prática do delito é reconhecida quando há uma afronta a esses bem jurídicos, porém, uma afronta considerável a ponto de merecer a tutela penal militar, porquanto, como já dispusemos, em nome da subsidiariedade e da fragmentariedade próprias do Direito Penal, *nullum crimen sine iniuria*. Por outro bordo, exemplificativamente, o n. 36 do parágrafo único da Lei Complementar n. 893, de 9 de março de 2001 (Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo), dispõe ser transgressão disciplinar de natureza grave o ato de se dirigir, de se referir ou de responder a superior de modo desrespeitoso. Naturalmente, ambos, ilícitos penal militar e administrativo-disciplinar, têm por objeto a disciplina e a autoridade militares, lesada no primeiro caso de forma mais aviltante.

Nesse contexto, também deve ser revelado que a extrema gravidade da afronta ao bem jurídico, embora configure o ilícito penal, não afastará a correlata transgressão disciplinar no mesmo episódio, podendo o autor sofrer a repressão penal e a repressão disciplinar, marcando-se uma relativa independência das esferas no que concerne à imposição da sanção correlata.

Cediço na doutrina que as esferas penal, administrativa e civil funcionam de modo autônomo e harmônico no que diz respeito à imposição de suas consequências, a saber, a imposição da pena criminal, da sanção disciplinar e a obrigação de reparar o dano. Claro que casos existirão em que uma estará vinculada à outra, mas isso ocorrerá por exceção.

No que se refere especificamente às esferas penal militar e disciplinar, há uma tendência a se compreender, em princípio, que constituem elas círculos concêntricos, o que permite afirmar que nem toda transgressão é crime, mas todo crime é transgressão. Em outros termos, deve-se reconhecer que uma transgressão disciplinar pode ser punida autonomamente, mesmo que aquele fato não configure um crime (comum ou militar). Contudo, diante de um crime praticado por um militar do Estado, por exemplo, em regra, haverá uma transgressão disciplinar correlata, visto que um dos deveres disciplinares nos Regulamentos Disciplinares Militares é o de respeitar a lei, podendo-se dizer que quem comete um crime não respeita a lei, portanto, é indisciplinado e consequentemente merece a sanção disciplinar. Esta, em regra, não é absorvida pela pena aplicada, podendo haver a coexistência de punição disciplinar e pena, sem lesão ao princípio *ne bis in idem*.

Claro que essa realidade pode muito bem, por lei (ou decreto, para os que assim admitem), ser diversa, já que a União ou uma Unidade Federativa poderá, em sua legislação disciplinar, atrelar absolutamente a responsabilidade disciplinar à penal. Em outros termos, a lei disciplinar específica poderá reconhecer a independência das esferas, sedimentando o que a doutrina defende, trazendo ou não algumas exceções, ou então deixar a esfera disciplinar totalmente atrelada à esfera penal, inclusive fazendo com que esta absorva aquela.

Como exemplo, tome-se o Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro (R-4), aprovado pelo Decreto federal n. 4.346, de 26 de agosto de 2002, e seguido também por várias Polícias Militares do Brasil. Referido diploma apresenta em seu art. 14 disposições aparentemente contraditórias acerca da independência das esferas.

Em primeiro plano, considera no § 1º que a transgressão disciplinar é

subsidiária à infração penal, porquanto consigna que quando “a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar”. A tradicional concepção segundo a qual o Direito Penal e o Direito Disciplinar consistem em esferas concêntricas, portanto, por uma opção normativa, foi alterada, de sorte que havendo um crime, por exemplo, não se falará em transgressão disciplinar.

Curiosamente, no entanto, o § 2º dispõe que as “responsabilidades nas esferas cível, criminal e administrativa são independentes entre si e podem ser apuradas concomitantemente”, consagrando a tríplice responsabilidade. Pode parecer contraditório o aqui previsto com a regra do parágrafo anterior, já que, havendo crime, não haverá transgressão; todavia, parece este dispositivo direcionado não à concepção do ilícito disciplinar, mas à apuração desse ilícito, ou seja, processamento, aspecto que será abordado mais adiante.

Assim, sob o enfoque da concepção dos ilícitos disciplinar e penal, no plano de estudo do Regulamento Disciplinar do Exército, pode-se afirmar que a transgressão disciplinar será absorvida pelo crime, quando se alinharem sob a orientação de tutela do mesmo bem jurídico. Essa concepção, note-se, é ratificada pelo § 4º do art. 14, que dispõe que, no “concurso de crime e transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, esta é absorvida por aquele e aplica-se somente a pena relativa ao crime”. Verifique-se que essa realidade normativa apenas consagra a visão de que crime e transgressão possuem distinção quantitativa, e não qualitativa, muito embora puna-se, neste caso, apenas o crime. Por outro bordo, a subsidiariedade da transgressão em função do crime não constitui visão obrigatória para todas as Instituições Militares, podendo haver previsão diversa, no sentido de ocorrer o sancionamento de ambos os ilícitos por força de lei específica.

Dessarte, resumindo a concepção do ilícito disciplinar e do ilícito penal em face do R-4, adotado pelo Exército Brasileiro e por várias Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares do Brasil, entende-se que a previsão do § 4º do art. 14 ratifica o disposto no § 1º do mesmo artigo, porém, obviamente, para transgressões que possam ser o caminho do crime, indicando a lesão ao mesmo bem jurídico protegido pelo tipo penal e pelo tipo transgressional. Assim,

poderiam ser cunhadas duas hipóteses:

1ª) crime cometido por militar sujeito ao R-4, *que não possua* expressa transgressão correlata no Anexo I desse Regulamento (que traz as transgressões em espécie): nos termos do § 1º do art. 14, não se caracterizará a transgressão disciplinar, havendo apenas a persecução criminal; como exemplo, no caso de um homicídio, apenas haverá a aplicação de sanção penal e somente o ilícito penal será considerado, uma vez que se trata de um crime que será considerado em lugar da transgressão, já que o anexo I do R-4 não contempla conduta como "matar alguém";

2ª) crime cometido por militar sujeito ao R-4, *que possua* expressa transgressão correlata no Anexo I desse Regulamento (que traz as transgressões em espécie): as transgressões correlatas podem existir autonomamente, por exemplo, quando a conduta não for dotada de lesividade suficiente para merecer intervenção penal (*nullum crimen sine iniuria*); contudo, quando considerada a conduta como um crime, por opção normativa do § 4º do art. 14 do R-4, a repressão disciplinar dará lugar à repressão penal, não havendo punição disciplinar; como exemplo, tome-se o n. 5 do Anexo I do R-4, que considera transgressão o ato de deixar de punir o subordinado que cometer transgressão, salvo na ocorrência das circunstâncias de justificação previstas no próprio Regulamento; note-se que há a possibilidade de essa conduta ser subsumida pela prática delitiva da condescendência criminosa (art. 322 do CPM), havendo o concurso de crime e de transgressão expressa, prevalecendo aquele em detrimento desta.

Frise-se que pode parecer estranha a aplicação de pena sem que haja a consequente punição disciplinar aplicada por autoridade administrativa, mormente em condenações criminais por penas superiores a dois anos ou que importem em incompatibilidade ou indignidade para o desempenho da atividade militar. Contudo, a estranheza é dissipada se forem consideradas as penas acessórias e os efeitos da condenação. Em outros termos, um militar do Exército que seja condenado à pena de oito anos de reclusão, por crime militar de roubo (art. 242 do CPM), embora não podendo ser punido à luz do R-4, muito provavelmente não permanecerá nas fileiras da Instituição, já que, se for Praça,

poderá ser-lhe aplicada a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, prevista no art. 102 do CPM – frise-se que, diferentemente das Praças das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares (art. 125, § 4º, da CF), as Praças das Forças Armadas não possuem a prerrogativa de foro para a perda da graduação –, e, se for Oficial, será submetido à avaliação da indignidade para o Oficialato, perante o Superior Tribunal Militar, nos termos dos incisos VI e VII do § 3º do art. 142 da CF. Em crimes comuns, a condenação poderá importar, para a Praça, na aplicação da perda da função pública, nos termos das letras *a* e *b* do inciso I do CP, e, se Oficial, também haverá avaliação ética pelo STM.

Essa foi a opção da União para os militares do Exército Brasileiro, o que não necessariamente, como já mencionado, em nome do "pacto federativo", vincula os Estados integrantes da Federação. É dizer, por outras letras, que os Estados não precisam necessariamente seguir esse viés, ainda mais se for firmado o acertado entendimento de que o art. 18 do Decreto-Lei n. 667, de 2 de julho de 1969, lesa a autonomia dos entes federativos**[147]**.

No Estado de São Paulo, para ter outro parâmetro, a opção legislativa foi diversa da acima exposta. O "legislador bandeirante" optou por simples e clara disposição a consagrar a independência das esferas de responsabilização. No § 5º do art. 12 da já mencionada Lei Complementar n. 893/2001, dispõe-se que a aplicação das penas disciplinares previstas no Regulamento Disciplinar independe do resultado de eventual ação penal. Fica claro que, tanto na concepção do ilícito disciplinar em face do ilícito penal como no processamento do primeiro, o legislador seguiu a regra da independência das esferas, sem expressas exceções, como ocorreu no R-4. As exceções à independência das searas de responsabilização, todavia, são reconhecidas por fruto da doutrina e da jurisprudência.

Tenha-se por premissa, portanto, que em São Paulo uma transgressão disciplinar pode ser autônoma, sem que configure delito, mas, mesmo que o fato configure um crime (militar ou comum), a caracterização e o sancionamento do ilícito disciplinar tomarão corpo, podendo coexistir um ato punitivo disciplinar (sanção disciplinar) e uma pena.

Essa visão, há que se ressaltar, já encontra guarida no Supremo

Tribunal Federal desde 1997, como se verifica na seguinte ementa:

"MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO – DEMISSÃO APÓS PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LEGALIDADE DA PUNIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 41, PAR. 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ART. 132, I, IV, X E XI, DA LEI 8.112/90. 1. A materialidade e autoria dos fatos ilícitos deverão ser apuradas em processo administrativo disciplinar regular, assegurando ao imputado a ampla defesa e o contraditório. 2. A Administração deverá aplicar ao servidor comprovadamente faltoso a penalidade cabível, na forma do artigo 41, par. 1º, da Constituição Federal c/c o art. 132, I, IV, X e XI, da Lei n. 8.112/90. 3. Inexistência de agressão a direito líquido e certo do impetrante, uma vez que as decisões estão em perfeita consonância com a norma legal aplicada. 4. A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório, pois a aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe da conclusão dos processos civis e penais, eventualmente instaurados em razão dos mesmos fatos. 5. Segurança indeferida" (STF, MS 22.438/SC, rel. Min. Moreira Alves, j. 20-11-1997).

Outro ponto relevante é firmar que, em regra, crime e transgressão compõem esferas concêntricas, de modo que, em princípio, todo crime configura-se em uma transgressão punível. Essa relação, é preciso que se ressalte, conheceu recente questionamento digno de nota. Em um caso, no Estado de São Paulo, um Policial Militar foi condenado à pena de reclusão de 6 anos, pela prática do delito de homicídio, perpetrado em 5 de março de 1992, com sentença transitada em julgado em 8 de maio de 2006. Apesar de se tratar de crime militar, com a edição da Lei n. 9.299/96, os autos foram remetidos à Justiça Comum, o que levou o julgamento e a condenação para o 2º Tribunal do Júri da Capital (Proc. n. 1.300/96). Em face da condenação, o autor do fato foi submetido a um processo ético de Perda de Graduação de Praça perante o Tribunal de Justiça Militar (PGP n. 935/2007), arrimado no entendimento daquela Corte de que lhe caberia a competência para tanto, arrimado no que dispõe o § 4º do art. 125 da CF. A situação concreta, portanto, era a de um Policial Militar condenado definitivamente por crime, que, na visão tida como regra, teria como consequência a perda de sua graduação e, em seguida, a aplicação da sanção disciplinar de demissão, segundo impõe a alínea *b* do inciso II do art. 23 da Lei

Complementar n. 893/2001. Entretanto, não foi o que ocorreu. O v. acórdão, sob relatoria do Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior, entendeu que o Policial Militar não merecia perder a graduação, julgando, por 4 votos a 2, improcedente a representação do Ministério Público nesse sentido. Como argumento, a decisão levou em consideração que a vida profissional do militar do Estado, desde a época da prática do delito até o ano do julgamento, fora marcada por uma conduta ilibada, por relevantes serviços prestados, indicando uma desejável recuperação após o grave delito pelo qual foi condenado. Embora possam alguns questionar, a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça Militar, embora impeça a aplicação das sanções de demissão e de expulsão à praça PM, não impossibilitaria a aplicação de outra espécie de sanção disciplinar não exclusória, a exemplo da detenção, sedimentando-se, assim, a visão de esferas concêntricas.

Embora se tenha firmado a independência das esferas, são reconhecidas no Estado de São Paulo algumas exceções, todas elas bem delineadas pela jurisprudência e pela doutrina, e não pela lei disciplinar paulista.

Avaliando apenas o aspecto de configuração do ilícito disciplinar militar no Estado de São Paulo, sem atrelar o raciocínio ao processamento da transgressão, tem-se como exemplo de exceção à independência das esferas penal e disciplinar o caso de absolvição na esfera criminal por uma conduta que também configure transgressão. O § 3º do art. 138 da Constituição Estadual expressamente dispõe que "servidor público militar demitido por ato administrativo, se absolvido pela Justiça, na ação referente ao ato que deu causa à demissão, será reintegrado à Corporação com todos os direitos restabelecidos".

Assim, e. g., em um caso de homicídio, como mencionado no primeiro exemplo acima para militar do Exército Brasileiro, só que agora praticado por policial militar de São Paulo, o Comandante Geral poderá aplicar a sanção de demissão ou de expulsão, mesmo sabendo, em respeito à autonomia das esferas, de pendência do processo-crime, já que a configuração do ilícito disciplinar não está atrelada ao reconhecimento prévio do crime. Agora, havendo a absolvição do militar por sentença transitada em julgado, posteriormente ao ato administrativo de demissão ou de expulsão, como exceção reconhecida à independência das searas de responsabilização, o militar do Estado terá direito à

reintegração.

É importante consignar que, ainda que o texto da Constituição Estadual seja amplo, não restringindo o fundamento da absolvição que será aproveitada em sede disciplinar, de forma majoritária tem-se entendido a possibilidade de repercussão da absolvição criminal se os fatos forem rigorosamente os mesmos analisados em uma e outra esfera, sem a existência de falta adjacente ou residual, e se a absolvição for calcada em negativa de autoria ou inexistência do fato apurado, como, aliás, consignou diligentemente o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) no § 3º do art. 14. Tal interpretação não ocorre a esmo, porquanto se alinha ao Despacho Normativo do Governador do Estado, publicado no *Diário Oficial do Estado* de 30 de março de 1990, o qual dispôs sobre a limitação da aplicabilidade da regra do art. 138, § 3º, da Carta paulista, no sentido já explanado. Ademais, aliam-se ao acima exposto respeitáveis considerações doutrinárias respaldando a interpretação restritiva do dispositivo constitucional, a exemplo de Di Pietro, que, ao comentar o art. 386 do Código de Processo Penal, já com as alterações trazidas pela Lei n. 11.690/2008, aduz:

"Não repercutem na esfera administrativa:

1. a hipótese do inciso III, porque o mesmo fato que não constitui crime pode corresponder a uma infração disciplinar; o ilícito administrativo é menos do que o ilícito penal e não apresenta o traço da tipicidade que caracteriza o crime;

2. as hipóteses dos incisos II, IV e VI, em que a absolvição se dá por falta de provas; a razão é semelhante à anterior: as provas que não são suficientes para demonstrar a prática de um crime podem ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo"[148].

A relativa independência das esferas penal e disciplinar, por fim, também encontra respaldo no Supremo Tribunal Federal, como se verifica na Súmula 18 do Pretório excelso, aprovada em Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963, *in verbis*: *"Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal é admissível a punição administrativa do servidor público"*.

Somando-se ao que foi consignado, há outro ponto em que responsabilização disciplinar e penal estão atreladas, a saber, quando houver

excludente de ilicitude (ou em alguns casos de culpabilidade) reconhecida no processo crime. Para a compreensão nesse sentido, uma outra premissa, já defendida em trabalho apartado[149], deve ser acolhida, qual seja, a de que o ilícito administrativo-disciplinar, de forma não idêntica, mas muito semelhante, merece uma compreensão analítica que passe por elementos distintos compreendidos como uma tipicidade mitigada, a antijuridicidade e a culpabilidade, sob pena de não ser caracterizado.

Para trabalhar com os dois Regulamentos citados, o inciso II do art. 18 do R-4 considera causa de justificação a prática de conduta transgressional, por exemplo, em legítima defesa própria ou de terceiro. Assim também o faz o inciso II do art. 34 da Lei Complementar n. 893/2001, de São Paulo. Nesse sentido, há que se firmar que, aceitando-se a premissa proposta, a absolvição calcada, por exemplo, em legítima defesa, também aproveitará a concepção da transgressão disciplinar, de sorte que não poderá haver a aplicação de sanção disciplinar correspondente, claro, desde que fato-crime e fato-transgressão sejam exatamente coincidentes.

Finalmente, a independência das esferas penal e disciplinar deve ser avaliada sob o enfoque do processamento dos ilícitos, o que importa em questionar, por outras palavras, se o curso da apuração da transgressão disciplinar depende do termo da apuração do ilícito penal.

Como já exposto, para o Exército Brasileiro, o R-4, no § 2º do art. 14, dispõe que as "responsabilidades nas esferas cível, criminal e administrativa são independentes entre si e podem ser apuradas concomitantemente", consagrando a independência das esferas mas apenas no que concerne ao processamento desses ilícitos. Aparentemente, há uma contradição do § 2º com os §§ 1º e 4º, que tratam da concepção do ilícito disciplinar em face do ilícito penal, já esmiuçados acima.

Em verdade, as duas proposições são compatíveis apenas sob uma possível visão: o § 2º do art. 14 permite a apuração (processamento) dos ilícitos penal e disciplinar (e civil, que não interessa à discussão) de forma autônoma; porém, se no curso da apuração do ilícito disciplinar, ou ao seu final, for detectado que a conduta também se configura em crime, entrarão em voga os §§

1º e 4º do art. 14 do Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro.

Para melhor compreensão, tomem-se os seguintes exemplos:

1) um militar do Exército responde de forma desrespeitosa ao seu superior hierárquico, sendo desencadeado um procedimento (ou processo) apuratório que, no seu curso ou ao final, verifica que a conduta foi dotada de lesividade o bastante para configurar crime; neste caso, a medida adequada será não sancionar disciplinarmente o militar, instaurando-se o adequado inquérito policial militar; havendo a condenação pelo delito, não haverá sanção disciplinar a ser aplicada;

2) um militar do Exército mata um colega de farda, não havendo nenhum outro fato adjacente que mereça apreciação disciplinar; como sua conduta configura-se em crime, não haverá consequência disciplinar autônoma, visto que, por se tratar de uma infração penal militar (art. 9º, II, *a*, do CPM), nos termos do § 1º do art. 14 do R-4, a transgressão será absorvida pelo fato criminoso, nem se instaurando procedimento (processo) para a apuração da transgressão disciplinar; ao final do processo-crime, havendo condenação maior que dois anos, por exemplo, o Conselho de Justiça aplicará a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, nos termos do art. 102 do CPM, nada restando autonomamente para a esfera disciplinar;

3) o soldado “A”, de serviço na guarda do quartel, adverte seu colega de serviço, soldado “B”, que no período de folga não poderia, como estava fazendo, retirar o fardamento; zangado com a advertência, “B” desfere dois tiros em “A”, matando-o; note que há uma transgressão disciplinar precedente ao homicídio, uma vez que “B” contrariou norma expressa em regulamento que trata de serviços internos, não se mantendo fardado em seu período de folga no quarto e hora que desempenhava a função de sentinela; essa transgressão pode, à luz do § 2º do art. 14 do R-4, receber persecução disciplinar autônoma ao processamento do crime militar praticado, sobrevindo a condenação pelo delito e a punição disciplinar pela transgressão disciplinar não abrangida pelo crime.

Mais uma vez, deve-se verificar que essa autonomia apuratória pode ser excepcionada pelas leis (normas) disciplinares específicas a cada Instituição

Militar, o que não foi o caso de São Paulo, que manteve essa possibilidade de processamento autônomo.

A disposição do § 5º do art. 12 da Lei Complementar n. 893/2001, ao consignar que a aplicação das penas disciplinares previstas no Regulamento Disciplinar independe do resultado de eventual ação penal, consagrou não só a independência de esferas na concepção dos ilícitos como também no processamento destes, de sorte que o sancionamento de um militar do Estado de São Paulo, mesmo em um fato considerado crime, não requer prévio termo do processo-crime correlato.

Ainda nesse sentido, tome-se o recente Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Rondônia, trazido pelo Decreto estadual n. 13.255, de 12 de novembro de 2007. O § 1º do art. 12 desse diploma dispõe:

"§ 1º Quando a ação ou omissão praticada constituir-se, ao mesmo tempo, infração penal e disciplinar, prevalecerá o princípio da relativa independência das instâncias, que se orientará da maneira seguinte:

I – quando a existência do fato ou quem seja seu autor acharem-se definidos por sentença judicial transitada em julgado, será incabível a discussão do mérito na esfera administrativa, sujeitando-se o policial militar à sanção disciplinar, sem prejuízo dos dispositivos que regem sua aplicação;

II – quando estiverem presentes no processo administrativo disciplinar as provas do cometimento de transgressão disciplinar, a autoridade disciplinar estará desobrigada de aguardar o trânsito em julgado da decisão judicial;

III – quando a absolvição criminal negar a existência do fato ou da sua autoria ou, ainda, isentar o seu autor do crime por meio de uma das excludentes, a responsabilidade administrativa do servidor será afastada, se não houver falta residual a punir".

Nitidamente, no plano da concepção do ilícito disciplinar, o inciso I consiste em regra que maximiza a concepção de que crime e transgressão constituem elementos de esferas concêntricas, dispondo que a conclusão pela prática de crime, por sentença condenatória irrecorrível, impõe a conclusão por

infração disciplinar. Essa regra, no entanto, é amainada pelo § 2º do mesmo artigo, que estabelece que “*Quando a ação ou omissão praticada constituir-se apenas infração penal, e esta não contrariar os princípios da ética ou do dever policial militar, só será admissível a imposição de sanção quando houver falta residual capitulada como transgressão*”. Em outros termos, manteve-se a autonomia de concepção de ilícito penal e disciplinar.

No plano do curso apuratório, porém, no inciso II, consagra a independência do processo administrativo para sancionar uma transgressão que também seja crime.

A posição de independência para o processamento de ilícito penal e disciplinar, há que se ressaltar, ganha respaldo doutrinário. Di Pietro, com peculiar maestria, ensina que, em face de um fato que é, ao mesmo tempo, definido em lei como crime e transgressão, “instauram-se o processo administrativo disciplinar e o processo criminal prevalecendo a regra da independência entre as duas instâncias, ressalvadas algumas exceções, em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e na administrativa”**[150]**.

10. FONTES DO DIREITO PENAL MILITAR

Como o próprio nome indica, fontes são nascedouros, pontos de gênesis de algo, no nosso caso, do Direito Penal Militar.

Em construção atual, a doutrina tem dividido as fontes do Direito Penal, primeiro, em material e formal e, segundo, cindindo a última em fontes formais imediata e mediatas. Vejamos essa complexidade mais proximamente.

10.1. Fonte material

Fonte material é compreendida como a via hábil à produção do Direito

Penal Militar, que, a exemplo do Direito Penal comum, traduz-se por uma possibilidade reservada à União.

Com efeito, o art. 22 da CF, em seu primeiro inciso, dispõe que compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho, devendo-se notar que a competência penal não está restrita ao Direito Penal comum, mas ao Direito Penal como um todo.

A propósito dessa competência, necessário notar que se trata de competência legislativa privativa da União que, como muito bem ensina Lammêgo Bulos, admite delegação, já que "os preceitos declaratórios do art. 22, I a XXIV, da *Lex Mater*, não são exclusivos da União. Por isso, a lei complementar pode autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas (CF, art. 22, parágrafo único)"**[151]**.

10.2. Fontes formais

Fontes formais do Direito Penal Militar são aquelas "que permitem o conhecimento do direito, proporcionando a exteriorização das normas penais", dividindo-se em imediata e mediatas.

10.2.1. Fonte imediata

A fonte imediata do Direito Penal Militar é a *lei*, devendo-se perquirir acerca do instrumento normativo adequado à produção dessa *lei*, corolário do princípio da legalidade, na acepção da reserva legal absoluta, levando, dessarte, à indagação sobre o que se deve entender por *lei* no sentido aqui postulado, ou seja, se há uma possibilidade ampla para todos os instrumentos normativos previstos no art. 59 da CF, ou se somente é relegado a um ou alguns deles.

A resposta, que já nos foi dada por Guilherme Nucci, quando tratamos do princípio da legalidade, merece ser relembrada. Em primeiro plano, deve-se focar que o preceito constitucional (art. 22, I), ao não indicar específico

instrumento normativo, refere-se à lei ordinária. Contudo, o citado autor incursiona por outros instrumentos avaliando sua possibilidade de veiculação de matéria penal – aplicando-se também, em nossa ótica, às matérias penais militares –, na seguinte conformidade**[152]**:

– Emenda Constitucional: não pode inovar a Constituição Federal gerando novas restrições individuais de natureza criminal, em observância ao inciso IV do § 4º do art. 60 da própria Constituição;

– Lei Complementar: pode veicular matéria penal, já que possui um processo legislativo mais rígido, dependendo de aprovação por maioria absoluta, em comparação com a lei ordinária, que exige maioria simples como *quorum* de aprovação; como exemplo dessa possibilidade, merece nova citação a existência do art. 10 da Lei Complementar n. 105/2001, que incrimina a violação desautorizada do sigilo das operações financeiras;

– Leis Delegadas: não podem veicular matéria penal porque há a vedação expressa de veiculação sobre direitos individuais (art. 68, § 1º, II, da CF), além de não alinhar-se com o espírito da reserva absoluta de lei para matéria penal, visto que seu processo legislativo é muito menos rigoroso, no que concerne ao controle, do que o das leis ordinárias;

– Medida Provisória: não é possível a veiculação de matéria penal por medida provisória em razão de vedação expressa no § 1º do art. 62 da CF.

Acrescentamos também às lições do autor precitado a impossibilidade de veiculação de matéria penal por Decreto Legislativo e por Resoluções do Poder Legislativo, uma vez que não possuem o caráter genérico e abstrato exigido pelo escopo da reserva absoluta de lei.

Em resumo, portanto, apenas a lei complementar e a lei ordinária podem veicular matéria penal militar.

O Código Penal Militar, como bem sabemos, não coincide com nenhum dos instrumentos acima mencionados, já que foi baixado, como visto no escorço histórico, pelo Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, ato de uma junta militar composta por Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e

da Aeronáutica, com amplos poderes para legislar, em face do recesso em que se encontrava o Poder Legislativo.

Dessa forma, unindo-se a exigência constitucional à realidade da norma penal militar, teríamos, com base na *teoria da recepção*, que o aludido Código foi recepcionado com força de lei ordinária, podendo sofrer alterações ou até mesmo total substituição por uma lei ordinária ou por uma lei complementar.

10.2.2. Fontes mediatas

Como fontes mediatas (ou secundárias) do Direito Penal Militar, além do costume, dos princípios gerais do direito e da analogia, como apontaremos no caráter tríplice quando tratarmos da integração do Direito Penal Militar, costuma-se apontar também a jurisprudência, da mesma forma abaixo explorada mais especificamente, quando virmos a classificação das interpretações de acordo com a fonte interpretativa (de acordo com a origem).

Todas essas fontes, preciso anotar, podem levar certo dispositivo a cair em desuso (*desuetudo*), o que não significa revogação da lei penal, pois esta só será revogada por outra lei (art. 2º da LICC), mas podem sim ser, se *contra legem*, o caminho para uma nova lei[153].

In exemplis, no art. 30 do CPM há a imposição da pena do crime consumado ao crime tentado. Segundo o mestre Jorge César, é disposição de cunho draconiano que "não vem sendo aplicada modernamente, estando derrogada pelo *desuetudo*"[154].

11. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA LEI PENAL MILITAR

Interpretar uma lei é definir o exato alcance de seu texto, ou seja, delimitar o espectro de abrangência da norma penal. Como bem ensina Fragoso, através "da interpretação descobre-se o significado atual da norma, ajustando-a, dentro de sua possível capacidade de expansão, às exigências e concepções do

presente"[155].

Muito embora alguns não admitam haver espécies de interpretação, porquanto a consideram um processo único, que abrange vários momentos e técnicas, há setor doutrinário que costuma enumerar algumas formas de interpretação que podem prevalecer, de acordo com o mote dado no caso em espécie, podendo-se agrupar tais espécies de acordo com a fonte de interpretação, com o meio empregado ou com o resultado obtido.

Quanto à fonte da interpretação, pode ela ser doutrinária, jurisprudencial e autêntica, que a nós interessa particularmente neste tópico.

A interpretação doutrinária é fruto do entendimento comum acerca da norma pelos escritores e comentadores do Direito Penal, ou seja, é constituída da *communis opinio doctorum*[156].

A espécie de interpretação jurisprudencial condensa a práxis judiciária marcada por uma reiterada posição presente nas decisões dos tribunais brasileiros, formando a jurisprudência, chegando ao ponto de indicações mais incisivas como as Súmulas dos Tribunais, sejam eles estaduais ou superiores. As súmulas, necessário lembrar, não possuem efeito vinculante, exceto se oriundas do Supremo Tribunal Federal, que poderá, conforme dispõe o art. 103-A da CF, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida pela Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

Por fim, quanto à fonte, a interpretação pode ser autêntica, ou seja, originária da própria fonte da norma interpretada. Para o nosso propósito, no Código Penal Militar, pode-se dizer que se trata de uma forma de interpretação própria do legislador, a qual, por essa mesma razão, ganha o nome de interpretação autêntica. Em outras palavras, aquele que elaborou a norma a interpreta na mesma lei – *interpretação autêntica contextual* – ou em lei posterior – *interpretação autêntica posterior*. O exemplo maior dessa espécie de

interpretação é a Exposição de Motivos dos Códigos, no nosso caso, do Código Penal Militar. Como exemplo, ao tratar da maioridade penal, o item 6 da Exposição de Motivos do CPM dispõe que a "idade mínima para os efeitos da responsabilidade, que o Direito Penal militar vigente admite inferior a 18 anos, aparece agora mais bem tratada", e prossegue dizendo que não "só é deferida ao juiz a faculdade de reconhecer em alguns casos a capacidade penal, entre 16 e 18 anos, como é estabelecida taxativamente a equiparação, em casos específicos que a Justiça Militar tem definido, de menores de 18 anos aos maiores dessa idade". Como se percebe, o legislador de 1969 entendeu como um avanço a possibilidade de responsabilização do menor de 18 anos por crimes militares, expondo expressamente essa visão, mal sabendo que, em 1988, a Constituição Cidadã afastaria por completo essa possibilidade, como veremos em ponto específico.

Mas não é a Exposição de Motivos a única materialização da interpretação autêntica. Pode ela vir articulada, como dissemos acima, no contexto da própria lei (contextual) ou em outra lei que se pretenda explicar uma primeira (posterior). Nesse sentido, o legislador penal militar foi prudente em dar à luz inúmeras regras autênticas para interpretar a lei penal no próprio texto do estatuto penal militar, dentre as quais veremos mais adiante aquelas que nos parecem mais importantes.

Uma outra forma de classificar a interpretação é focando o meio utilizado para absorver o conteúdo normativo da lei, podendo ser gramatical (ou literal), lógica ou teleológica.

A interpretação literal é aquela que se prende ao sentido e significado das palavras que a lei contém, envolvendo seu aspecto gramatical e sintático. Com muita perspicácia, Fragoso enxerga na interpretação literal não propriamente uma espécie de interpretação, mas, seguindo sua visão unitária do fenômeno interpretativo, o estágio inicial de um processo que deve ser norteado pelas seguintes premissas: "(a) Em princípio, nenhuma palavra na lei é supérflua; (b) Em regra, as expressões empregadas pela lei têm significado técnico e não vulgar. Todavia, somente a própria interpretação poderá esclarecer quando determinada expressão aparece na lei em sentido comum ou em seu sentido técnico-jurídico. Frequentemente, as palavras aparecem não no sentido técnico

que apresentam em outros ramos do direito, mas com específico significado jurídico-penal. É o caso, por exemplo, da noção jurídico-penal de *domicílio* (art. 150, CP), que é diversa do conceito que fornece o direito privado (art. 70, Código Civil de 2002)**[157]**; (c) Em regra, o singular não exclui o plural e o emprego do gênero masculino não exclui o feminino"**[158]**.

Uma outra espécie dentro da classificação de acordo com o meio é a interpretação lógica, compreendida como aquela que busca "a vontade da lei, seu conteúdo, por meio de um confronto lógico entre seus dispositivos"**[159]**. Não se limita, portanto, à mera literalidade, devendo considerar uma série de elementos alheios a esse aspecto literal, no intuito de fixar a vontade objetiva que a norma apresenta, tais como os elementos sistemáticos, os elementos históricos, os critérios vigentes no direito comparado, os trabalhos preparatórios da lei interpretada**[160]**. Um bom exemplo temos na análise sistêmica do CPM, para definir a estrutura analítica do delito, contendo o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. Note-se que o art. 33 do referido diploma coloca, sob a rubrica da "culpabilidade", os conceitos de dolo e de culpa, além de prescrever excludentes de culpabilidade com base na coação irresistível e na obediência hierárquica (art. 38) e na inexigibilidade de conduta diversa do estado de necessidade exculpante (art. 39), indicando a adoção de uma teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Por essa visão, pode-se afirmar que o conceito analítico de crime militar é o de fato típico, antijurídico e culpável, apesar de não haver singular dispositivo que literalmente diga que a exclusão da culpabilidade importa em eliminação do próprio crime, como o faz o CPM no caso da antijuridicidade (art. 42).

Finalmente, a interpretação teleológica busca a aplicação da interpretação lógica ao tempo da aplicação da norma interpretada, ou seja, busca-se, a exemplo da interpretação lógica, o escopo da norma, mas no momento de sua aplicação. Teremos um bom exemplo, abaixo, ao tratar do art. 22 do CPM, em que, embora afastando a interpretação autêntica, poderemos chegar ao mesmo resultado pela interpretação teleológica.

Como último quadro classificatório, a interpretação pode comportar espécies de acordo com os resultados obtidos, podendo ser declarativa, restritiva e extensiva.

A interpretação declarativa consiste na absorção exata do texto analisado, sem que haja sua extensão ou restrição pelas técnicas interpretativas, encontrando-se apenas o significado oculto trazido pelas palavras grafadas na lei[161]. Assim, quando para o crime de motim (art. 149) exigem-se militares para a sua prática, ao menos quanto ao número necessário no polo ativo, a interpretação deverá ser inequívoca, já que declaratória, tratando-se de um delito plurissubjetivo, sendo necessária a presença de dois ou mais militares para a sua prática.

A interpretação será restritiva quando, para que haja o alcance exato pretendido pela lei, há que se conter, restringir a abrangência de seus termos. Como exemplo, vejamos o caso do § 5º do art. 53 do CPM. Nesse dispositivo define-se uma forma de codelinquência que tem a pena majorada, a figura do "cabeça": "quando o crime é cometido por inferiores e um ou mais oficiais, são estes considerados cabeças, assim como os inferiores que exercem função de oficial". Note-se que o dispositivo em comento, por não se restringir expressamente aos crimes plurissubjetivos, pode dar a impressão de que, sempre que um Oficial tomar parte em um delito com inferior, ainda que crime de concurso eventual, seria ele considerado o "cabeça" do crime, sofrendo maior reprovação. Claro que essa interpretação seria, num primeiro momento, obstada pela análise dos preceitos secundários dos delitos em espécie que somente majoram as penas para os "cabeças" nos delitos de concurso necessário, mas poderia o intérprete majorar a pena, nesse caso, ao considerar a condição de "cabeça" uma circunstância judicial, afeta à primeira fase do critério trifásico de aplicação da pena. Esse equívoco, veja-se, pode ser evitado se dermos uma interpretação restritiva à previsão do § 5º, entendendo-a aplicável, com base na rubrica e no § 4º do mesmo artigo, que menciona, agora sim expressamente, a necessidade de crime plurissubjetivo para a existência dos "cabeças".

Embora seja regra, a interpretação restritiva pode dar lugar a uma interpretação extensiva no Direito Penal. A interpretação pode ser "extensiva quando, para fazer as palavras corresponderem à vontade da lei, é mister ampliar seu sentido ou alcance. É admissível no Direito Penal, não obstante muitos impugnarem. É permitida quando os casos não previstos são abrangidos por força de compreensão. Assim, o que é punido *no menos* o é, também, *no*

mais; o que é permitido quanto ao *mais* o é, igualmente, quanto ao *menos*"**[162]**. Deve ser admitida a interpretação extensiva para que se coloquem "em harmonia as palavras da lei com a vontade desta. Ora, se o que deve predominar em toda matéria de interpretação é essa vontade, não se justifica seja vedado o processo extensivo"**[163]**. Como se verifica, há certos casos em que a extensão do tipo penal pode ser aceita, reduzindo-se àqueles casos em que se incrimina *o menos*, deixando, por falha redacional, de fora *o mais*. Essa extensão, além disso, deve estar alinhada com a lógica de compreensão das palavras, sendo uma quase evidente conclusão. Assim, à guisa de exemplo, no crime do art. 296 do CPM (*fornecimento de substância nociva*) estará incurso não só aquele que fornece substância alterada *reduzindo* seu valor nutritivo ou terapêutico, como consigna expressamente o tipo penal, mas, também, aquele que *anula* o valor nutritivo ou terapêutico, sendo essa extensão dedutível de uma lógica interpretação**[164]**. Muito embora possamos entender o exemplo citado, ao contrário do que defendeu Romeiro, de uma amplitude dada ao tipo penal com base em uma interpretação semântica da lei, portanto, literal, há casos em que a interpretação extensiva é inequivocamente necessária, como ocorre na interpretação do preceito secundário do art. 190 do CPM, a deserção especial, que, como defendemos ao comentar esse delito (*vide* Segunda Parte desta obra), não pode, em nome da razoabilidade, apenar somente aquele que se apresenta, deixando impune o desertor capturado.

Claro que podemos defender, sem os freios dos doutrinadores ortodoxos, outras formas de interpretação da lei penal militar, a exemplo das regras de solução de conflitos aparentes de normas, que verificaremos detidamente quando do estudo da tipicidade do crime militar, como o caso dos princípios da especialidade – *lex specialis derogat legi generali* –, da extensão do princípio *in dubio pro reo* para a solução dos conflitos aparentes de normas**[165]**, e a interpretação analógica, que não deixa de ser uma espécie lógica de interpretação, não se confundindo com a analogia, esta uma regra de integração da lei penal militar.

A interpretação analógica, nas precisas palavras de Guilherme Nucci, é o "processo de averiguação do sentido da norma jurídica, valendo-se de elementos fornecidos pela própria lei, através do método de semelhança"**[166]**.

Como foca-se no escopo da lei, também integra a interpretação lógica, mas com uma indicação do caminho a ser seguido deixado pelo legislador. Assim, no crime de homicídio qualificado, embora o inciso III do § 2º do art. 205 não mencione a conduta de matar alguém com o emprego de uma aeronave direcionada à casa do indivíduo vitimado, é possível essa interpretação, já que o dispositivo focado, além de enumerar alguns casos em um rol exemplificativo, permite sua complementação pela expressão “ou qualquer outro meio dissimulado ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”.

Como já suscitado, a interpretação analógica não se confunde com a analogia, que para alguns deveria ser proscrita do Direito Penal como um todo.

Ao lado dos princípios gerais do direito e dos costumes, a analogia é enumerada pelo art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Lei n. 4.657, de 4-9-1942, com a ementa alterada pela Lei n. 12.376, de 30-12-2010), como forma de integração da lei brasileira, fenômeno que também se verifica, é claro, em relação à lei penal militar.

Em nome do princípio da indeclinabilidade da jurisdição, ou inafastabilidade da jurisdição ou ainda *non liquet*, no Brasil, o juiz não pode furtar-se a decidir uma questão prática colocada ao seu jugo, ainda que não haja na legislação vigente norma expressa que tutele a pretensão, qualquer que seja ela, afeta à jurisdição penal ou civil. Acerca do assunto, muito bem dispôs Flúvio Cardinelle ao consignar que esse princípio, em primeiro lugar, encontra guarida constitucional expressa no art. 5º, XXXV, prevendo-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por ele, condensa o autor, a Lei Maior não só garante o acesso ao Poder Judiciário a todos aqueles que tiverem seu direito violado ou ameaçado, mas também impõe ao Estado-juiz a impossibilidade de “eximir-se de prover a tutela jurisdicional àqueles que o procurem para pedir uma solução baseada em uma pretensão amparada pelo direito”**[167]**.

Pois bem, uma vez impedida a abstenção do julgador, deve ele, em face da previsão lacunosa ou omissão da lei em um caso concreto, integrar a norma jurídica, aplicando o Direito de acordo com os costumes, os princípios

gerais do Direito e a analogia, que são, exatamente pelo fato de inovar o Direito, compreendidos com fontes formais mediatas do Direito Penal como um todo.

O costume, nas sempre agudas lições de Mirabete, "é uma regra de conduta praticada de modo geral, constante e uniforme, com a consciência de sua obrigatoriedade"**[168]**. Prossegue o Mestre aduzindo que, obviamente, não se pode falar em criação ou revogação de crimes pelo costume, sendo inegável, por outra via, sua influência na interpretação e na elaboração da lei penal**[169]**. Claramente, os costumes funcionam com um caráter tríplice, fomentando, num primeiro momento, a criação de uma lei, a geração de um tipo penal, quando serão compreendidos como fontes formais mediatas, mas, em momento posterior, quando a lei penal já tiver tomado corpo como elemento de interpretação, abrangido pela interpretação lógica ou, até mesmo, como parece adequado sustentar neste ponto, como possibilidade de integração da lei penal em face da lacuna legal para o caso concreto. Esse caráter tríplice empregado ao costume – fonte formal mediata, elemento adicional da interpretação lógica e espécie de integração da lei penal militar –, pode muito bem ser reconhecido para os princípios gerais do direito. Aliás, pode-o também para a analogia.

Os princípios gerais do direito são vetores, premissas éticas extraídas de todo o ordenamento jurídico, estabelecido de acordo com a consciência de determinado povo. Esses princípios, obviamente, podem variar com as civilizações, de modo que o que hoje é considerado princípio, pode em outra época ser rechaçado.

Finalmente, a analogia consiste em um processo de integração no qual há a criação de uma norma penal onde, originariamente, não existe, isso com base em uma previsão análoga do próprio sistema em curso, ou de um sistema exógeno, podendo até mesmo ser alienígena. A analogia, deve-se ressaltar, não pode ser admitida *in malam partem*, mas apenas *in bonam partem*, ou seja, não se deve utilizar da analogia para incriminar fatos não previstos abstratamente como tipos penais, sendo possível somente sua utilização para estender a aplicação de uma causa de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade, para aplicar uma causa genérica de diminuição de pena etc. Tínhamos um bom exemplo no Direito Penal comum na causa justificante do aborto resultante de estupro, prevista no inciso II do art. 128 do CP, que era aplicada também para os casos

resultantes de atentado violento ao pudor. Hoje, com a alteração procedida pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, houve, em primeira análise, a equiparação do estupro ao atentado violento ao pudor, tudo sob o título do primeiro delito, já que o delito de estupro (art. 213 do CP) agora é grafado como o ato de "constranger *alguém*, mediante violência ou grave ameaça, a ter *conjunção carnal* ou a praticar ou permitir que com ele se pratique *outro ato libidinoso*". Nesse sentido, a aplicação do inciso II do art. 128, hoje, ocorre também para os casos em que a gravidez resulta de outro ato libidinoso, que não a conjunção carnal, o que classificávamos como atentado violento ao pudor, não havendo necessidade de uma construção por analogia.

No Direito Penal Militar, um bom exemplo é a aceitação da figura do perdão judicial, não previsto expressamente no Código Penal Militar como causa extintiva da punibilidade, isso buscando-se no Código Penal comum, por analogia *in bonam partem*, os limites para sua aplicação. Nesse sentido, *vide* Acórdão do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, proferido na Apelação Criminal n. 5.149/02 (Feito n. 29.888/01, da 1ª Auditoria, j. em 16-6-2004, rel. Min. Paulo Prazak):

"A concessão de perdão judicial a policial militar que se encontra em estado vegetativo, é causa extintiva da punibilidade e configura renúncia à imposição da pena, por sua flagrante inutilidade. Extinção da punibilidade que exime o réu de qualquer consequência penal e torna insubsistente a natureza condenatória da sentença".

O referido acórdão tomou por base o inciso IX do art. 107 do Código Penal comum, bem como a Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a "sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório".

Vistas as espécies de interpretação e as regras de integração da lei penal militar, passemos, agora, a enumerar os exemplos de interpretação autêntica contextual que mais são úteis à escorreita aplicação da lei castrense.

Claro que a aceitação do perdão judicial não é uníssona, tema que voltaremos a enfrentar em momento específico.

11.1. Interpretação autêntica contextual no Código Penal Militar

11.1.1. Conceito de militar (art. 22 do CPM)

Há crimes no Código Penal Militar que consignam como elementos típicos palavras que somente podem ser compreendidas pela interpretação autêntica, ou então que, ainda que pudessem ser compreendidas facilmente, o legislador, por interpretação autêntica, reduziu seu espectro de aplicação. É, no último caso, o que ocorre com o elemento típico "militar", palavra que poderia muito bem ser compreendida sem a "voz" do legislador, mas que preferiu ele restringir sua aplicação a um menor número de casos.

Como exemplo, vejamos o delito de provocação a país estrangeiro, capitulado no art. 137 do CPM, que assim dispõe: "*Provocar o militar, diretamente, país estrangeiro a declarar guerra ou mover hostilidade contra o Brasil ou a intervir em questão que respeite à soberania nacional*".

O sujeito ativo desse delito é o militar, no entanto, a palavra "militar", note-se muito bem, poderia abranger tanto aquele que está em serviço ativo como aqueles que já estão em inatividade, ou seja, os integrantes da Reserva ou os Reformados.

É o que poderia ser extraído da previsão contida no § 1º do art. 3º do Estatuto dos Militares (Lei n. 6.880, de 9-12-1980), que expõe que os militares federais se encontram na ativa – abrangendo os militares de carreira, os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos, os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados, os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva e, em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas – ou na inatividade – abrangendo os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização, os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores, estejam dispensados, definitivamente, da prestação de serviço na

ativa, mas continuem a perceber remuneração da União. Esses, em tese, seriam os militares federais pela abrangência da palavra "militar", devendo-se fazer, no entanto, dois alertas:

1) há ainda no art. 4º da Lei em comento uma previsão de condição de reserva mobilizável, que, além de incluir os militares da reserva remunerada, inclui também não militares, na acepção que aqui se traz, a saber, todos os cidadãos em condições de convocação ou de mobilização para a ativa, além de prever forças reservas em seu conjunto, abrangendo as Polícias Militares, os Corpos de Bombeiros Militares;

2) a conceituação apresentada aplica-se aos militares federais, podendo comportar conformações distintas nas legislações específicas de cada Unidade da Federação, como ocorre, por exemplo, em São Paulo, onde Praças, conceito que veremos abaixo, não ingressam a reserva da Polícia Militar, mas sim reformam, importando na impossibilidade de reversão ao serviço ativo, conforme o art. 16 do Decreto-Lei n. 260, de 29 de maio de 1970.

Em face dos esclarecimentos acima, surge então a pergunta: Um militar reformado pode ser sujeito ativo do delito em foco?

A resposta está no art. 22 do CPM, onde o legislador, em interpretação autêntica, dispõe que "*É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar*".

No artigo acima, a palavra "incorporada" dá o mote interpretativo adequado, impondo que sempre que houver grafado o elemento típico "militar" deve-se entender pessoa incorporada às Forças Armadas e, por extensão arrimada no art. 42 da Constituição Federal, às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, ou seja, militares da ativa das Forças Militares Federais e Estaduais.

Para Jorge César de Assis, o dispositivo em apreço foi revogado. Sustenta ele que o conceito de militar, na atualidade, é constitucional, e não legal. Todavia, ainda que se aceite a visão do prezado mestre e seja afastada a

interpretação autêntica nesse caso, parece-nos óbvia a possibilidade de aplicação de uma *interpretação teleológica* com base exatamente no art. 22, de modo que todos os tipos penais que possuam a palavra "militar" abarquem apenas os militares da ativa, já que essa, inequivocamente, foi a intenção do legislador.

11.1.2. Conceito de militar por equiparação (art. 12 do CPM)

Como vimos, o militar inativo (integrante da reserva ou reformado) não comete todos os delitos trazidos pela Parte Especial do Código Penal Militar, não podendo figurar como sujeito ativo de crimes militares que possuam a palavra "militar" em seu tipo penal.

Todavia, em certos casos, em nome de uma tutela penal da disciplina e da hierarquia, o legislador houve por bem equiparar militares inativos a militares da ativa, fazendo-o no art. 12 do Código Penal Castrense.

Dessa forma, podemos dizer que, ao lado do caso de comunicação de elementares do crime no concurso de pessoas, prevista na segunda parte do § 1º do art. 53 do CPM, o art. 12 permite que os inativos respondam por crimes militares como se da ativa fossem, desde que esteja sendo ***empregado na administração militar***.

Assim, quando o militar inativo estiver empregado na administração militar de forma regular, ou seja, por força de ato da Corporação militar respectiva, poderá ele perpetrar os crimes que tenham por elemento típico a palavra "militar", visto que equiparados a ele. Como exemplo, imaginemos um grupo de militares da reserva remunerada da Força Aérea Brasileira, empregados no controle do tráfego aéreo numa situação emergencial, e. g., greve do efetivo em serviço ativo. A Lei n. 6.880/80 (Estatuto dos Militares), no inciso III da letra *b* do § 1º do art. 3º, permite essa condição, desde de que temporariamente, considerando o militar da reserva e o reformado (excepcionalmente), ainda que empregado na Administração Militar, como militar em situação de inatividade.

Deve-se fazer, também aqui, alguns alertas para que o intérprete não incorra em equívoco.

Em primeiro lugar, esse emprego na administração militar deve ser direto, não abrangendo, por exemplo, o militar reformado que, empregado de uma empresa contratada pela Instituição Militar, presta algum serviço no interior do quartel, já que não foi a Administração Militar que o convocou diretamente, e sim a empresa responsável pelo serviço terceirizado.

Esse emprego, ademais, deve ser restrito aos casos em que o militar inativo está cumprindo o seu dever, atendendo ao chamado da Administração Militar, não se estendendo, portanto, a casos em que o inativo busca o retorno à vida de caserna esponte própria, como o caso do Oficial da reserva remunerada que pleiteia vaga de docente nas Escolas de Formação Militar, aceito por sua notável experiência.

Não se pode confundir a previsão do art. 12 do CPM com aquela plasmada no art. 13, do mesmo diploma. Naquela a equiparação ocorre antes do cometimento do crime militar, ou seja, há a equiparação a militar da ativa para o cometimento do crime militar. Nesta a equiparação se dá em momento posterior, após a ocorrência do crime militar, não importando se o inativo foi autor ou vítima do delito. *In exemplis*, se um Oficial da reserva for preso em flagrante por um crime militar, tendo-o cometido na condição de inativo mesmo ou equiparado a militar da ativa, deverá ser conduzido à presença da autoridade de polícia judiciária militar por Oficial de hierarquia superior ou mais antigo, já que na inatividade mantém a prerrogativa do art. 73 do Código de Processo Penal Militar.

Por fim, e aproveitando a discussão acima, deve-se ter em mente que o dispositivo em comento trata apenas do militar inativo equiparado a militar da ativa para fins de cometimento de crime militar, passando ao largo de uma vedação para que o inativo cometa crime militar na condição mesma de inativo, isso se observados os elementos do inciso III do art. 9º do CPM. Dessa forma, o inativo enquadrado no art. 12 do CPM poderá, perfeitamente, praticar o delito do art. 137 do CPM, restrito a militares da ativa, segundo inteligência do art. 22, ocasião em que terá a complementação da tipicidade pelo inciso I do art. 9º do CPM; mas também poderá perfeitamente praticar um homicídio, crime militar, na condição de inativo, desde que o fato encontre, além da Parte Especial,

subsunção nos elementos da Parte Geral, grafados no inciso III do art. 9º, também do CPM.

11.1.3. Conceito de assemelhado (art. 21 do CPM)

Em alguns dispositivos, o Código Penal Militar utiliza a palavra “assemelhado” para grafar proposições, não só na Parte Geral, a exemplo da alínea *a* do inciso II do art. 9º, como também na Parte Especial, em alguns delitos, a exemplo do art. 149 do CPM (crime de motim). Devemos, então, saber o que se entende por *assemelhado* para a escorreita aplicação do Código Penal Militar.

O art. 21 do CPM dispõe que “Considera-se assemelhado o servidor, efetivo ou não, dos Ministérios da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, submetido a preceito de disciplina militar, em virtude de lei ou regulamento”.

Assim, por disposição legal o assemelhado seria aquele que, embora não militar, estivesse sujeito à disciplina militar por força dos regulamentos específicos.

Ocorre que, como muito bem anota Célio Lobão, essa figura não mais existe no universo jurídico desde a edição do Decreto n. 23.203, de 18 de junho de 1947**[170]**, diploma que revogou alguns dispositivos do antigo Regulamento disciplinar do Exército, aprovado pelo Decreto n. 8.835, de 23 de fevereiro de 1942.

Todavia, de nossa observação, verificamos que ainda um Regulamento Disciplinar cogita a existência de um assemelhado, qual seja, o da Força Aérea Brasileira, o RDA, aprovado pelo Decreto n. 76.322, de 26 de setembro de 1975, que no § 1º do art. 1º consigna que as disposições previstas naquele regulamento são também aplicáveis aos assemelhados, definidos no art. 21 do Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, nos casos de guerra, emergência, prontidão e manobras. Como se percebe, entretanto, o Regulamento em análise não define a figura do assemelhado, lançando mão do Código Penal Militar, que, por sua vez, remete o leitor aos Regulamentos Disciplinares, ou seja, embora haja a previsão do assemelhado no RDA, não há a definição de quais

pessoas naquela Instituição se enquadrariam na figura em estudo, o que nos leva a concordar com Célio Lobão no sentido de ser o assemelhado uma figura extinta.

Malgrado essa posição, deve-se ter em foco vertente recentemente postulada por Ronaldo João Roth, que em São Paulo tem considerado o Soldado Temporário PM (Sd Temp PM) como assemelhado. Segundo o Eminente Juiz de Direito, "**não sendo militar** (*propriamente* falando) o Sd Temp PM, como contrariamente entende o Comandante-Geral da PMESP, estaria a Lei regente contemplando esse **civil voluntário** na *condição de **assemelhado***, figura esta que, embora *extinta na comunidade militar*, agora parece *ressuscitada* pela Lei estadual n. 11.064/02", concluindo mais adiante que, "embora não **sendo o Sd Temp PM um militar, mas sim um assemelhado** , pode ser **sujeito ativo** do crime militar, nos termos do artigo 9º do Código Penal Militar, havendo, pois, **por extensão da lei ordinária**, competência para a Justiça Militar estadual processar e julgar o acusado"**[171]**.

Essa visão, no entanto, não tem encontrado eco no Tribunal de Justiça Militar respectivo, que tem considerado o Sd Temp PM como militar da ativa, nos termos do art. 22 do Código Penal Militar. Por todos, *vide* o *Habeas Corpus* n. 1.964/07 (Feito n. 47.970/07, da 1ª Auditoria de Justiça Militar), sob Relatoria do Juiz Cel PM Avivaldi Nogueira Júnior, julgamento em 30 de agosto de 2007, que deu origem à seguinte ementa:

*"*Enquanto perdurar a prestação de seu serviço voluntário, o Soldado PM Temporário estará subordinado às regras disciplinares e jurídicas aplicáveis a todo militar de carreira. O artigo 22 do CPM em consonância com o parágrafo único do artigo 1º da Lei 11.064, de 8 de março de 2002, denota a certeza que a competência para processar e julgar é inerente à Justiça Militar Estadual*"*.

Para complicar um pouco mais a questão do Soldado Temporário do Estado de São Paulo, a questão acerca da natureza jurídica de sua função foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, que em sede do *Habeas Corpus* n. 62.100/SP (2006/0145469-6), sob a relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima (j. 28-5-2008), considerou o Soldado Temporário como civil, lavrando-se a seguinte

ementa:

"PROCESSUAL PENAL MILITAR. *HABEAS CORPUS*. COMPETÊNCIA. SERVIÇO AUXILIAR VOLUNTÁRIO. SOLDADO PM TEMPORÁRIO. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEI FEDERAL 10.029/00 E LEI ESTADUAL 11.064/02. JUSTIÇA ESTADUAL MILITAR. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA 53/STJ. PRECEDENTE DO STF. ORDEM CONCEDIDA

1. Ao contrário do que sucede com a Justiça Militar da União, cujo âmbito de incidência, por expressa previsão constitucional – art. 124, *caput,* da CF/88 – abrange também os civis, a competência da Justiça Militar Estadual abrange apenas os policiais e os bombeiros militares.

2. Sobre a questão, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado Sumular 53 do seguinte teor: 'Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais'.

3. A Lei Federal 10.029 de 20/10/00 possibilitou, aos Estados e ao Distrito Federal, a instituição da 'prestação voluntária de serviços administrativos e de serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares', sendo o Serviço Auxiliar Voluntário instituído pela Lei 11.064 de 8/2/02 no âmbito da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

4. O Soldado PM temporário, nos termos da legislação do Estado de São Paulo, presta serviços administrativos e auxiliares de saúde e de defesa civil, *não sendo, portanto, policial militar, mas civil*, de modo que não pode ser processado e julgado pela Justiça Militar Estadual.

5. *Habeas corpus* concedido para anular o Processo 35.535/03 da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo desde o recebimento da denúncia, inclusive, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso".

Voltaremos a essa discussão, com nosso posicionamento, quando do estudo do art. 9º do CPM.

11.1.4. Conceito de superior funcional (art. 24 do CPM)

O CPM, buscando tutelas específicas como a hierarquia, a disciplina e a autoridade, por vezes, dispõe em seus tipos penais as condições de superior ou inferior como elementos constitutivos, levando à necessidade de buscar o exato entendimento desses elementos para a justa aplicação da lei penal militar.

Compreendendo o conceito de superior, por contraposição, obviamente entende-se também o de inferior, razão pela qual não nos deteremos à conceituação de inferior.

O Código Penal Castrense trabalha com duas conceituações de superior: superior hierárquico e superior funcional.

A primeira acepção não é definida pelo CPM, porquanto inerente às instituições militares.

A carreira militar é composta por duas secções, compreendendo as Praças, detentoras de graduações, e os Oficiais, detentores dos postos.

Cada instituição militar tem certa liberdade em enumerar seus postos e graduações sequenciais, sendo conveniente, no entanto, verificar a realidade de algumas instituições, iniciando pelas Forças Armadas.

Os integrantes da Marinha de Guerra do Brasil ocupam, em ordem crescente, as seguintes graduações: marinheiro, cabo, terceiro-sargento, segundo-sargento, primeiro-sargento, suboficial e guarda-marinha, sendo o último considerado praça especial. Para os Oficiais temos: como oficiais subalternos, o segundo-tenente e o primeiro-tenente; como oficial intermediário, o capitão tenente; como oficiais superiores, o capitão de corveta, o capitão de fragata e o capitão de mar e guerra; como oficiais generais, o contra-almirante, o vice-almirante e o almirante de esquadra.

No Exército Brasileiro, também em ordem crescente, temos, além da graduação inicial de soldado em serviço militar obrigatório, as seguintes graduações: taifeiro segunda classe, taifeiro primeira classe, taifeiro mor com equiparação a cabo, terceiro-sargento, segundo-sargento, primeiro-sargento, subtenente e aspirante a oficial, sendo o último considerado praça especial. Para

os Oficiais temos: como oficiais subalternos, o segundo-tenente e o primeiro-tenente; como oficial intermediário, o capitão; como oficiais superiores, o major, o tenente-coronel e o coronel; como oficiais generais, o general de brigada, general de divisão e o general de exército.

Por fim, na Força Aérea Brasileira temos, mais uma vez em ordem crescente, além da graduação inicial de soldado em serviço militar obrigatório, as seguintes graduações: taifeiro segunda classe, taifeiro primeira classe com equiparação ao soldado primeira classe, taifeiro mor com equiparação ao cabo, terceiro-sargento, segundo-sargento, primeiro-sargento, suboficial e aspirante a oficial, sendo o último considerado praça especial. Para os Oficiais temos: como oficiais subalternos, o segundo-tenente e o primeiro-tenente; como oficial intermediário, o capitão; como oficiais superiores, o major, o tenente-coronel e o coronel; como oficiais generais, o brigadeiro, o major-brigadeiro e o tenente-brigadeiro.

Há ainda, para as Forças Armadas, os postos de Almirante, Marechal e Marechal do Ar, somente existentes em tempo de guerra, conforme disposição do § 2º do art. 16 da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980, portanto, em tempo de paz, os postos máximos são os de Almirante de Esquadra, General de Exército e Tenente-brigadeiro.

Para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, nos termos do art. 8º do Decreto-Lei n. 667, de 2 de julho de 1969, as graduações são: soldado, cabo, terceiro-sargento, segundo-sargento, primeiro-sargento, subtenente e aspirante a oficial, sendo o último considerado praça especial. Para os Oficiais temos: como oficiais subalternos, o segundo-tenente e o primeiro-tenente; como oficial intermediário, o capitão; como oficiais superiores, o major, o tenente-coronel e o coronel.

O Decreto-Lei n. 667/69, no § 2º do mesmo artigo, permite que os Estados da Federação, por leis Estaduais, deliberem se desejam ou não suprimir um ou mais postos ou graduações dessa escala hierárquica. Assim, o aluno pode encontrar alguns Estados em que não há, por exemplo, as graduações de 1º, 2º e 3º Sargentos, mas apenas a de Sargento. Por outro lado, não poderão as Unidades Federativas acrescer postos ou graduações a essa escala.

O mesmo dispositivo acima citado permite que a graduação de Soldado seja fracionada em classes, até o número máximo de três, não se configurando em uma relação de superioridade hierárquica, mas apenas de antiguidade, já que a graduação continuará sendo a mesma. Nem todos os Estados fracionaram a graduação de soldado.

Em todas as Instituições acima enumeradas há ainda os alunos das Academias Militares, chamados de cadetes ou de alunos oficiais, enquadrados, em regra, como praças especiais.

Mas o conceito de superior hierárquico não é o único a informar o Direito Penal Militar, em especial naqueles delitos cuja sujeição ativa seja reservada a superior ou, por contraposição ao que postulamos, inferior. Há, ainda, em interpretação autêntica contextual, o conceito de superior funcional.

O conceito de superior funcional está expresso no art. 24 do CPM, que assim dispõe: "O militar que, em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior, para efeito da aplicação da lei penal militar".

Note-se que esse conceito somente entrará em voga, primeiro, havendo igualdade hierárquica e, segundo, quando um par exercer, em razão da função, autoridade sobre outro.

Para sedimentar nossa explanação, tomemos os seguintes exemplos: se um soldado agride a um primeiro-tenente, teremos a possibilidade do crime capitulado no art. 157 do CPM (violência contra superior), em função da superioridade hierárquica do ofendido em relação ao sujeito ativo; contudo, também haverá o mesmo delito se um primeiro-tenente agredir outro militar do mesmo posto, estando este na função de Comandante de Companhia daquele, estabelecendo-se a superioridade funcional.

Por vezes, é bom esclarecer, a superioridade funcional sobrepõe-se à antiguidade. Imaginemos, por exemplo, que um coronel da Polícia Militar, promovido a esse posto no ano de 2005, agrida outro coronel, promovido em 2006. Apesar de o primeiro ser mais antigo do que o segundo, em razão do maior tempo no posto, se o coronel mais moderno for o Comandante Geral, haverá

violência contra superior (art. 157 do CPM).

12. APLICAÇÃO DA LEI PENAL MILITAR

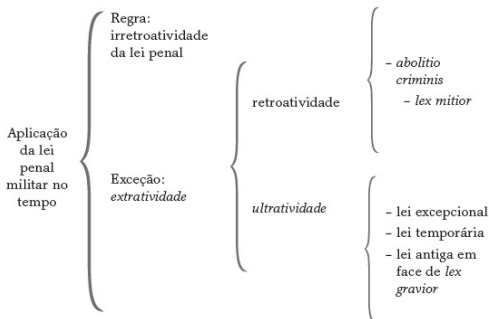
Feitas as principais considerações teóricas acerca do Direito Penal Militar, passaremos agora a um aspecto mais pragmático, porquanto ingressaremos no estudo do texto da própria lei, estudando, primeiro, sua aplicação no tempo e no espaço. Em segundo momento, trabalharemos a aplicação da lei penal militar em relação às pessoas, quando verificaremos, principalmente com a intersecção da Constituição Federal e de legislação extravagante, as imunidades.

12.1. Lei penal militar no tempo

No que concerne à aplicação da lei penal militar no tempo – ressaltamos que se trata do Direito Penal Militar substantivo, e não do adjetivo, que entra em vigor desde logo, aplicando-se aos processos pendentes, sem prejuízo da validade do realizado na vigência da lei anterior (art. 5º do CPPM), não havendo, pois, sua retroação[172] –, temos duas premissas: 1ª) as regras para vigência, vacância, revogação etc. das leis, consignadas na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Lei n. 4.657, de 4-9-1942, com a ementa alterada pela Lei n. 12.376, de 30-12-2010), são perfeitamente aplicáveis à lei penal; 2ª) a edição de leis pode gerar o conflito intertemporal, que, em regra, como já exposto, soluciona-se pela irretroatividade da lei penal militar, comandada pelos incisos XXXIX e XL do art. 5º da CF.

Há casos, no entanto, em que a lei penal militar pode alcançar fatos pretéritos, marcando-se a retroatividade da lei penal (*abolitio criminis* e *lex mitior*), e, nesse aspecto, em nada ou pouco divergem a lei penal militar e a lei

penal comum. Há outros casos em que a lei penal surte efeitos em época posterior à sua vigência ou eficácia (lei excepcional, lei temporária e lei antiga em face de uma nova lei mais grave), quando estaremos diante da *ultratividade* da lei penal militar. A retroatividade e a *ultratividade* da lei penal militar, portanto, significam o reconhecimento da aplicação de uma lei penal militar em período fora de sua vigência ou eficácia, ao que se dá o nome de *extratividade* da lei penal militar.

Esquematicamente, teríamos:

Analisemos amiúde, pois, alguns pontos relevantes ao assunto.

12.1.1. Tempo do crime militar

Ab initio, insta entender qual o momento que devemos ter em consideração para a aplicação da lei penal militar. É, pois, o *tempus delicti* que dará o ponto de partida para a aferição, no conflito intertemporal, da lei a ser aplicada.

Cumpre, então, averiguar qual o *tempus delicti*, e a resposta primeira é a de que o tempo do crime coincide com sua prática. Inquietante é a resposta alcançada, pois sugere outra indagação: quando o crime é considerado praticado?

A resposta definitiva está grafada no art. 5º do CPM, cujo texto é semelhante ao do art. 4º do CP comum: "Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o do resultado".

O nosso Código Penal Militar adotou, dessarte, a *teoria da ação* ou *da atividade*, afastando assim as teorias do *resultado* e *mista*, uma vez que o momento da conduta (ação ou omissão) será considerado o da prática do crime.

Para sedimentar o entendimento da teoria adotada pelo Código Penal, o que logicamente se aproveita para o Código Penal Castrense, Francisco de Assis Toledo ensina que, "se a ação era lícita, no momento de sua realização, mas já não o era, no momento do resultado (delitos a distância, nos quais um é o momento da ação, outro o do resultado), não haverá punição possível, pois, conforme destaca Bettiol, 'é no momento da ação que o imperativo da norma pode atuar como motivo no processo psicológico da própria ação'"**[173]**.

A propósito do processo psicológico do autor do fato, convém destacar que nele repousa a principal sustentação para a teoria da atividade, porquanto é no "momento em que o agente age ou deixa de agir que ele pode ou deve sentir a intimidação da lei penal, que não lhe é lícito ignorar"**[174]**.

Nos crimes permanentes, como é o cárcere privado (art. 225 do CPM), a ação, tal qual a consumação, se protrai, o que impõe a aplicação da lei nova, em caso de sucessão temporal de leis, se no momento de entrada em vigor da nova lei não tiver cessado a ação.

O mesmo não acontece nos casos de crimes continuados, quando a lei nova mais gravosa não poderá retroagir para alcançar a sequência criminosa anterior à sua vigência. Muito mais razão haverá para assim entender se levarmos em consideração a regra da exasperação, no que se refere ao crime continuado, nos termos dos arts. 79 e 80 do CPM**[175]**.

Francisco de Assis Toledo, ao examinar o tema no crime continuado,

limitando-se ao Código Penal comum, entende de forma diversa, consignando que "se os fatos anteriores já eram punidos, tendo ocorrido somente a agravação da pena, aplica-se, em princípio, salvo hipótese adiante examinada, o critério da lei nova a toda a série delitiva, pois, no crime continuado, tanto se considera momento da ação o do primeiro fato parcial quanto o do último"**[176]**. A hipótese posteriormente analisada pelo mestre diz respeito somente ao Código Penal comum, por ocasião da vigência da nova Parte Geral, razão por que a colocamos de lado.

Com a devida vênia dos que se posicionam em sentido oposto, entendemos que a lei nova, se mais grave (não importa se apenas no que tange à gravidade da sanção), deve atingir somente a sequência criminosa ocorrida sob sua vigência, preservando-se, assim, o princípio de absoluta irretroação da lei mais severa.

Por fim, deve-se ter em mente que, no período de *vacatio legis*, reina a lei antiga e não a que entrará em vigor.

12.1.2. Irretroatividade da *LEX GRAVIOR*

Como já se infere das considerações acima, a *lex gravior* não retroagirá.

Por *lex gravior* deve-se ter tanto a lei que incrimina uma conduta (*novatio legis* incriminadora) como aquela que apenas agrava as consequências do delito, quer em relação à pena, quer no que tange às medidas de segurança.

Nesses casos a lei anterior, mais benéfica, será aplicada em período diverso (futuro) daquele de sua vigência, constituindo-se em *ultratividade* da lei penal militar.

12.1.3. *ABOLITIO CRIMINIS*

Verifica-se a *abolitio criminis* "quando a lei nova exclui da órbita penal um fato considerado crime pela legislação anterior. Trata-se de uma hipótese de descriminalização"**[177]**.

Prevista expressamente no *caput* do art. 2º do CPM, a hipótese configura causa de extinção da punibilidade, nos termos do inciso III do art. 123 do mesmo *Codex*, reconhecida em qualquer tempo, ou seja, antes ou durante o processo, após a sentença condenatória irrecorrível e na fase de execução da sentença, suprimindo-se todos os efeitos do cometimento do delito, exceto os de natureza civil, em observância à independência das esferas**[178]**.

Adverte Francisco de Assis Toledo que, para o Supremo Tribunal Federal, a *abolitio criminis* somente ocorrerá em face de uma revogação total (ab-rogação) do preceito penal. Cita como exemplo o roubo praticado contra estabelecimento de crédito que deixou de ser abrangido pelo art. 157 do CP para ser apreciado à luz do Decreto-Lei n. 898/69 (Lei de Segurança Nacional), vindo, posteriormente, a ser excluído desse diploma pela Lei n. 6.620/78. Assinala o saudoso mestre que o fato sempre foi incriminado pela legislação penal, apenas diferindo no que concerne à sua tipificação legal, o que levou a Suprema Corte a não reconhecer a descriminalização ulterior do fato**[179]**.

12.1.4. Lex mitior

Decorrente dos preceitos fundamentais da nossa *Grundnorm*, acima já tratados, tem-se como exceção à irretroatividade a retroação da lei mais benigna (*lex mitior* ou *lex mellius*). No sistema constitucional, portanto, houve a recepção da previsão contida no § 1º do art. 2º do CPM: "A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevindo sentença condenatória irrecorrível".

Não há grande complicação em absorver o postulado. Basta dizer que sempre deverá prevalecer, no conflito temporal, a lei mais benigna, seja ela a anterior, caso em que haverá a ultratividade, como visto, seja ela a posterior, caso em que haverá a retroatividade.

Nesse contexto, entretanto, uma questão desponta: como se deve aferir qual a lei mais benigna?

Como norte primeiro, dispõe o § 2º do art. 2º do CPM: "Para se

reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato".

As leis, portanto, devem ser aferidas em seu contexto total, não se podendo fracionar a interpretação.

Buscando solucionar a questão de forma mais pragmática – lembrando antes, porém, da advertência de Heleno Fragoso, para quem a definição da lei mais benigna deve ser obtida em face do caso concreto –, Francisco de Assis Toledo**[180]** considera mais benigna a lei:

a) que comine pena mais branda, por sua natureza, quantidade, critérios de aplicação e dosimetria ou modo de execução;

b) que crie novas circunstâncias atenuantes, causas de diminuição da pena ou benefícios relacionados com a extinção, suspensão ou dispensa de execução da pena, ou, ainda, maiores facilidades para o livramento condicional;

c) que extinga circunstâncias agravantes, causas de aumento de pena ou qualificadoras;

d) que estabeleça novas causas extintivas da punibilidade ou amplie as hipóteses de incidência das já existentes, notadamente quando reduz prazos de decadência, de prescrição, ou estabelece modo mais favorável de contagem desses prazos;

e) que extinga medidas de segurança, penas acessórias ou efeitos da condenação;

f) que amplie as hipóteses de inimputabilidade, de atipicidade, de exclusão da ilicitude, de exclusão da culpabilidade ou de isenção de pena.

Evidentemente, o rol apresentado busca solucionar os casos de conflitos intertemporais, porém não congraça toda e qualquer hipótese possível. Exemplo claro dessa insuficiência verifica-se no caso da Lei n. 9.299/96, que, dentre outras consequências, excluía do Direito Penal Militar o crime doloso contra a vida, praticado por militar contra civil**[181]**. Por um lado, até hoje não se pode concluir no sentido de uma *lex gravior* ou *lex mitior*, uma vez que não se

sabe se a submissão dos casos ao Tribunal do Júri importou em maior número de condenações.

Como se nota, antes da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004**[182]**, sustentávamos a transmudação dos crimes dolosos, nos patamares expostos, de crimes militares para crimes comuns, e não a simples transferência de competência de julgamento, por ser hipótese inconcebível, já que a competência das Justiças Militares estaria e está grafada nos arts. 124 e 125, § 4º, da Lei Maior, não podendo ser alterada, pois, por lei infraconstitucional. Hoje, com a nova redação dada ao art. 125, § 4º, da CF, no âmbito estadual é possível afirmar que o crime ainda se caracteriza como militar, porém julgado pela Justiça Comum, permanecendo a situação anterior para a esfera federal, uma vez que o constituinte derivado, por enquanto, não alterou o disposto no art. 124 da Carta Maior.

Em verdade, essa era uma interpretação *elástica* da lei, ou seja, estamos dando um significado além do contido semanticamente em suas palavras, para apaziguar os ânimos, visto que há recalcitrância em considerar a lei materialmente inconstitucional, o que de fato é**[183]**.

Ainda sobre a Lei n. 9.299/96, vários critérios poderiam ser enumerados para entendê-la mais benigna, ou menos benigna. Limitar-nos-emos aos mais contundentes.

É possível afirmar que a Lei n. 9.299/96 é menos benigna, porquanto afasta o *escabinato*, circunstância que, apesar de estar prevista mormente no Código de Processo Penal Militar, reveste-se de natureza material, já que propicia o julgamento de militares por pares, mais afeitos às agruras das missões impostas aos militares, portanto com melhor condição de aferição do fato crime, sobretudo no que concerne à culpabilidade, entendida como juízo de reprovação.

Por outro lado, poder-se-ia entender que a submissão a júri popular se configura direito fundamental do cidadão – também se consubstanciando em Direito Penal Militar substantivo –, portanto inafastável e de tutela obrigatória pelo Estado. Sob esse prisma, a lei em apreço deveria retroagir por ser mais benéfica.

Vencido o obstáculo da inconstitucionalidade – ressaltamos que, a nosso ver, a lei era inconstitucional para aplicação aos militares dos Estados e ainda o é para aplicação aos militares federais –, consideramos coerente a primeira argumentação, ou seja, a de que a lei *sub examine* é mais severa.

O segundo argumento se consome em sua própria fundamentação, isto é, se a submissão a júri popular é um direito fundamental de todos, por que a lei se restringe somente aos casos em que civis forem vitimados? Por que o homicídio de militar por militar também não é submetido à mesma jurisdição?

Em que pesem as argumentações, importa verificar que a lei vinha sendo aplicada ao menos nas Justiças Militares Estaduais, sendo forçoso concluir que se trata de norma de Direito Penal militar adjetivo, portanto de aplicação imediata aos processos referentes a fatos havidos antes da vigência da lei. Essa realidade deve continuar, agora com o respaldo do texto constitucional**[184]**.

Por fim, deve-se ter atenção que a lei mais benigna deve ser aplicada, caso transitada em julgado a sentença, pelo juiz responsável pela execução criminal, nos termos do disposto na Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal.

12.1.5. *LEX TERTIA*

Outra questão intrigante diz respeito à possibilidade de combinação de dispositivos de duas leis em aferição de modo que se possibilite a aplicação dos dispositivos mais benéficos de ambas, dando origem, assim, a uma terceira lei.

As opiniões se dividem, havendo ilustres adeptos tanto em sentido contrário**[185]** como em sentido favorável**[186]**.

Em nossa visão, essa possibilidade deve ser rechaçada, pois estar-se-ia conferindo ao Judiciário um poder para o qual não possui outorga, ou seja, o poder de legislar. Estar-se-ia, pois, colocando em colapso a independência dos Poderes, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 2º da CF.

Ademais, caso queiramos descer do âmbito constitucional, o § 2º do art. 2º do CPM expressamente proíbe essa miscelânea de dispositivos pelo

magistrado, consignando – repetimos por sua importância – que, “para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual *no conjunto de suas normas aplicáveis* ao fato”. (grifo nosso)

Ressalte-se, por fim, que essa posição é a que se tem verificado no Supremo Tribunal Federal, que já decidiu que ao juiz “não é permitido criar e aplicar uma ‘terza legge diversa’ de modo a favorecer o réu, pois, nessa hipótese, se transformaria em legislador”**[187]**.

12.1.6. Medidas de segurança

Dispõe o art. 3º do CPM: “As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução”.

À letra da lei, não se aplicaria às medidas de segurança a anterioridade, inerente, como já vimos, ao princípio da legalidade.

Deve-se ter em conta, contudo, que o inciso XL do art. 5º da *Lex Mater* não restringe a retroação ao crime e à pena, como fazia a Constituição anterior, em seu art. 153, § 16. Mais abrangente, o texto atual refere-se à lei penal, o que, obviamente, alcança as medidas de segurança.

Dessa forma, como já consignado, deve haver retroação de lei penal que traga condição mais benéfica em matéria de medidas de segurança.

12.1.7. Norma penal em branco

Nas lições de Andrei Schmidt, a conceituação de lei penal em branco foi inaugurada por Binding, definindo-a como “toda lei que determina sanção, porém não o preceito, que deverá ser definido por regulamento ou por uma ordem da autoridade, e, raras vezes, por uma lei especial, presente ou futura”**[188]**. Ensina-nos, ainda, que Mezger ampliou tal conceito, considerando a lei penal em branco em três categorias: “a) quando o complemento de uma norma encontra-se na mesma lei; b) quando se encontra em outras leis, porém

emanadas da mesma autoridade legislativa; e c) quando o complemento é feito por instância legislativa diversa”**[189]**.

Fácil perceber que as duas primeiras espécies, em verdade, são elementos normativos do tipo, constituindo-se, às vezes, em interpretações autênticas, quando o escopo for esclarecer determinado elemento típico. Constitui-se, em verdade, em norma penal em branco – ou norma penal cega, como preferem alguns – apenas a terceira espécie, ou seja, dispositivos penais cujo preceito primário, definidor de condutas típicas, somente encontra clareza pela complementação de outra instância legiferante – norma penal em branco homogênea ou normas impropriamente em branco – ou outra autoridade – norma penal em branco heterogênea ou normas propriamente em branco.

Exemplo clássico está no art. 290 do CPM, para cuja exata definição é mister lançar mão de uma regulamentação administrativa – portanto, resumindo-se em espécie heterogênea – a enumerar quais substâncias possuem o rótulo de entorpecentes.

Impõe-se, em face dessa espécie de norma, a tormentosa averiguação sobre se a alteração da norma complementar importará em alguma consequência penal militar.

Cunhando posições diversas, foi possível notar a presença de uma polêmica aguda; no entanto, há uma posição intermediária, com a qual assentimos.

Por essa posição temperada, para responder à indagação é preciso que se investigue inicialmente se a alteração na norma complementar importa em supressão do caráter ilícito do fato ou não.

Assim, haverá alterações que implicarão a alteração da própria antijuridicidade do fato. Cite-se o exemplo dos crimes afetos às substâncias entorpecentes, como no já aludido art. 290, ou no delito do art. 297, que trata da não comunicação de doença de notificação compulsória.

Ocorrerão, por outro lado, casos em que a alteração da norma complementar importará em simples modificação de patamares, sem interferir na antijuridicidade do fato. É o que pode acontecer com a alteração da taxa de

juros fixada em lei, elemento normativo do tipo penal do art. 267 do CPM, que define o crime de *usura pecuniária*[190]. Nesse caso, parafraseando Francisco de Assis Toledo[191], a norma penal não proíbe o mútuo de dinheiro com juros *x*, mas sim o mútuo a juros que excedam a taxa fixada em lei.

12.1.8. Lei excepcional e lei temporária

Dispõe o art. 4º do Código Penal Militar: "A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência".

No magistério de Francisco Dirceu Barros, leis excepcionais "são as promulgadas em condições excepcionais, não raro sob *turbulência social, calamidades públicas, guerras, revoluções, cataclismos, epidemias* etc.", enquanto as temporárias "são as que já trazem no seu próprio texto o tempo de vigência"[192]. (grifo do autor)

Vigora em relação às leis excepcionais (como é o caso do próprio Código Penal Militar no que concerne aos dispositivos aplicáveis em tempo de guerra) e às leis temporárias a *ultratividade* da lei.

Nem poderia ser de outra forma; do contrário, tais leis seriam ineficazes, pois as condições que as ensejam não têm caráter permanente[193], sendo os citados diplomas autorrevogáveis, quer pela cessação da situação excepcional, quer pelo termo do período fixado na própria lei.

12.1.9. Crime continuado e crime permanente

Como veremos, diz-se continuado (art. 80 do CPM) o crime em que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser considerados continuação do primeiro.

Crime permanente, por sua vez, consiste no delito cuja consumação se

protrai no tempo, prolonga-se, a exemplo do delito de extorsão mediante sequestro (art. 244 do CPM).

Há que se discutir, nesse contexto, como ficaria a sucessão temporal de leis penais militares diante de uma sequência de atos criminosos que possam ser considerados crime único por ficção, ou seja, crime continuado, ou de um crime permanente em que a consumação se inicia sob uma lei e cessa sob outra.

A resposta está na Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência".

12.2. Lei penal militar no espaço

Como sabemos, no Direito Penal comum vige, como regra, o princípio da territorialidade e, como exceção, o princípio da extraterritorialidade.

Ao tratar da extraterritorialidade, a doutrina penal comum enumerou alguns princípios que a definem como o princípio do *pavilhão*, da *nacionalidade*, da *defesa* e da *justiça universal*.

Essa, no entanto, não é a realidade do Direito Penal Militar, que tomou por regra a territorialidade ao mesmo tempo que a extraterritorialidade, nos termos do que consigna o art. 7º do referido diploma, que sacramenta, *in verbis*: "Aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira".

Essa irrestrita extraterritorialidade – aduz Romeiro, aproveitando o magistério de Silvio Martins Teixeira – "justifica-se com o fato de os crimes militares, que se destinam à defesa do País (CF, art. 142), e poderem ser, por inteiro, cometidos em outros países e até mesmo em benefício destes, que não teriam, assim, qualquer interesse na punição de seus autores. Daí não ser

entregue à justiça estrangeira o processo e o julgamento dos crimes militares”[194].

Com efeito, o envio de contingente para as Forças de Paz da Organização das Nações Unidas tem sido cada vez mais frequente, o que aumenta a probabilidade de o Direito Penal Militar, em tese, poder ser aplicado a fato praticado além-fronteira.

Ainda que esse contingente seja integrante de um Corpo de Tropa que visa a alcançar a paz – *peaceenforcement* –, o embate com grupos de resistência à transição é possível e até muito provável. Nesses casos, existindo fatos que se configurem crimes militares, deve haver a persecução criminal, que, no Brasil, está a cargo “da Justiça Militar federal, aplicado o Direito Penal Militar em tempo de Paz, sendo o órgão judiciário competente de primeiro grau de jurisdição os Conselhos de Justiça da 11ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), com sede em Brasília – DF”[195]. É necessário ressaltar que o policial militar efetivo, integrante do contingente brasileiro, está sob um comando central do Exército Brasileiro, que até mesmo conduz a seleção dos militares dos Estados.

Outra situação curiosa, muito bem assinalada por Carlos Frederico Pereira, consiste na possibilidade de a Força de Paz passar a tomar parte no conflito, sem que haja a formal declaração de guerra, devendo-se, portanto, aplicar também o Direito Penal Militar em tempo de paz. Nesses casos, interessa assinalar ser possível a configuração de um crime de guerra, podendo-se suscitar a competência do Tribunal Penal Internacional, do qual trataremos no próximo item, surgindo, dessarte, um paradoxal contexto em que haveria um crime de guerra sem existir guerra declarada[196].

12.2.1. Os dispositivos despiciendos

Fazemos nossa a indagação de Jorge Alberto Romeiro: “Se a lei penal militar é aplicada fora do território nacional, em virtude de haver adotado, como regra geral, o princípio da extraterritorialidade... qual a finalidade dos malsinados parágrafos, dispondo sobre território nacional por extensão?”[197].

De fato, descuidou-se o legislador penal castrense ao grafar os §§ 1º

e 2º do art. 7º, totalmente despiciendos.

Em razão da mesma fundamentação, parece-nos também desnecessária a definição, para fins da aplicação do Direito Penal Militar no espaço, de território nacional, visto que a ele não está circunscrita a norma castrense.

12.2.2. Lugar do crime militar

Dispõe o art. 6º do CPM: “Considera-se praticado o fato, no lugar em que se desenvolveu a atividade criminosa, no todo ou em parte, e ainda que sob forma de participação, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Nos crimes omissivos, o fato considera-se praticado no lugar em que deveria realizar-se a ação omitida”.

O Código Penal Militar, ante a previsão acima, adotou também a *teoria da ubiquidade*, segundo a qual se considera local do crime tanto o lugar onde se deu a ação ou omissão como o sítio em que o resultado ocorreu ou deveria ocorrer.

12.3. Aplicação da lei penal militar em relação às pessoas

Ao tratar da aplicação da lei penal militar em relação às pessoas, deve-se centrar a análise na aplicação da lei penal aos chefes do Poder Executivo, em seus três níveis, aos detentores de cargo eletivo do Poder Legislativo, também nos três níveis, e aos diplomatas, o que envolve o estudo das imunidades. Em adição, também é conveniente uma breve explanação acerca das imunidades conferidas aos advogados, podendo haver pontos de toque desse estudo com a aplicação da lei penal militar.

Iniciemos por uma explanação acerca da imunidade diplomática, mais simples ao nosso propósito.

12.3.1. Imunidade diplomática

A *imunidade diplomática* encontra seu nascedouro no art. 31 da Convenção de Viena, assinada em 18 de abril de 1961, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 103, de 1964, e ratificada pelo Brasil em 23 de fevereiro de 1965.

Segundo o magistério de Mirabete**[198]**, a *imunidade diplomática* se aplica, em qualquer delito, aos agentes diplomáticos, compreendidos dentre eles os embaixadores, secretários da embaixada e o pessoal técnico e administrativo das representações, estendendo-se ainda aos componentes da família deles e aos funcionários das organizações internacionais (ONU, OEA etc.) quando em serviço.

Mais adiante, prossegue o saudoso Mestre da Academia de Polícia Militar do Barro Branco ensinando que essa imunidade alcança ainda o Chefe de Estado estrangeiro em visita ao País, e sua comitiva, e também, somente pelos atos realizados no desempenho das funções consulares, os cônsules e agentes administrativos representantes de interesses de pessoa natural ou jurídica estrangeira.

A imunidade diplomática pode ser renunciada, mas tal faculdade é conferida apenas ao Estado creditante, não ao seu agente**[199]**.

Deve-se ressaltar que a embaixada – entenda-se espaço físico – é inviolável. Essa inviolabilidade, entretanto, não decorre do entendimento de ser ela extensão do território estrangeiro, mas sim em função da própria garantia de seus agentes diplomáticos, tudo isso com amparo na citada Convenção.

Por derradeiro, no atual estágio de evolução do Direito Penal, caminhando, como veremos, para uma justiça penal internacional nos crimes que afetem os Direitos Humanos, a questão das imunidades diplomáticas tem sido rediscutida. Em outros termos, com a criação de tribunais penais internacionais, como o que ocorreu com o advento do Estatuto de Roma de 1998, há uma nova concepção no sentido de negar as imunidades diplomáticas, em nome até do princípio da igualdade.

Nesse sentido, Valério Mazzuoli afirma que uma das "principais virtudes do Estatuto de Roma de 1998 reside na consagração do princípio segundo o qual a responsabilidade penal por atos violadores do Direito Internacional deve

recair sobre indivíduos que os perpetraram, deixando de ter efeito as eventuais imunidades e privilégios ou mesmo a posição ou os cargos que os mesmos porventura ostentem”**[200]**. Mais adiante, consagrando o princípio da responsabilidade, o renomado autor arremata dizendo que “as imunidades ou privilégios especiais que possam ser concedidos aos indivíduos em função da sua condição como ocupantes de cargos ou funções estatais, seja segundo o seu direito interno, seja segundo o Direito Internacional, não constituem motivos que impeçam o Tribunal de exercer a sua jurisdição em relação a tais assuntos. O Estatuto elide qualquer possibilidade de invocação da imunidade de jurisdição por parte daqueles que cometeram genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou de agressão. Assim, de acordo com essa nova sistemática, não podem os genocidas e os responsáveis pelos piores crimes cometidos contra a humanidade acobertar-se pela prerrogativa de foro, pelo fato de que exerciam uma função pública ou de liderança à época do delito”**[201]**.

As imunidades diplomáticas aqui delineadas, note-se, alcançam também o Direito Penal Militar, podendo-se afirmar, por exemplo, que um Diplomata, ainda que pratique um delito capitulado no CPM, atingindo, por exemplo, as Forças Armadas Brasileiras, estará imune à aplicação do nosso Direito Penal Militar. Exceção seja feita quando esse crime chegar à competência do Tribunal Penal Internacional, quando as imunidades serão afastadas; no entanto, nesse caso, como veremos, não estaremos aplicando a lei penal militar, mas o Estatuto de Roma. Portanto, não se tratará de crime militar, mas de crime contra os Direitos Humanos, de competência do TPI.

12.3.2. Imunidades aplicadas aos detentores de mandatos eletivos

As imunidades dos detentores de cargos eletivos, em regra, têm mote constitucional e, por essa razão, devem ser respeitadas também no Direito Penal Militar.

Convém ressaltar que serão elas aplicadas aos detentores de cargos eletivos, sejam eles civis ou militares inativados em razão da eleição, não atingindo, por outro lado, os candidatos aos cargos eletivos. As imunidades atingem os parlamentares, e não os candidatos a parlamentares.

Não é possível, porém, ingressar no terreno proposto sem que se façam algumas breves considerações sobre a aplicação da lei penal em relação às pessoas, iniciando pela imunidade dos parlamentares.

12.3.2.1. Noções introdutórias sobre as imunidades parlamentares

A imunidade parlamentar é aquela conferida aos membros do Congresso Nacional, muito embora também reflita, em certa proporção, aos parlamentares estaduais e municipais, o que abaixo se verá.

Como muito bem anota Pedro Lenza, em sua essência, tais "prerrogativas atribuídas aos parlamentares em razão da função que exercem, tradicionalmente previstas em nossas Constituições, com algumas exceções nos movimentos autoritários, reforçam a democracia, na medida em que os parlamentares podem livremente expressar suas opiniões, palavras e votos, bem como estar garantidos contra prisões arbitrárias, ou mesmo rivalidades políticas"**[202]**.

As imunidades parlamentares, portanto, são garantias constitucionais ao exercício autônomo e livre da atividade legislativa, e podem ser de duas espécies: *absoluta* (material ou substancial) e *relativa* (formal ou processual).

A **imunidade absoluta (material ou substancial) ou inviolabilidade** traduz-se pela exclusão de responsabilidade por palavras, votos e opiniões (art. 53, *caput*, da CF). Essa prerrogativa "impede que o parlamentar seja condenado, na medida em que há ampla descaracterização do tipo penal, irresponsabilizando-o penal, civil, política e administrativa (disciplinarmente). Trata-se de irres-ponsabilidade geral, desde que, é claro, tenha ocorrido o fato em razão do exercício do mandato e da função parlamentar"**[203]**.

O reconhecimento dessa irresponsabilidade penal é pacífico, constando inclusive de julgados do Supremo Tribunal Federal. Embora referentes à já não mais vigente "Lei de Imprensa", transcrevemos alguns que evidenciam essa posição:

"*Ementa*: Interpelação judicial. Pedido de explicações. Lei de imprensa (art. 25) e código penal (art. 144). Ofensas equívocas que teriam

constado de discurso proferido da tribuna do senado da república. Imunidade parlamentar em sentido material. A proteção constitucional do discurso parlamentar, mesmo quando veiculado, posteriormente, pelos meios de comunicação social. Amplitude da garantia institucional da imunidade parlamentar material. Impossibilidade de responsabilização – penal e civil – de membro do congresso nacional 'por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos' (Cf. art. 53, 'caput'), notadamente quando proferidos da Tribuna do Parlamento. Consequente inadmissibilidade, em tal contexto, de interpelação judicial de Senador da República ou de Deputado Federal. Doutrina. Precedentes. Pedido de explicações a que se nega seguimento" (Petição n. 3.686-7–Distrito Federal, decisão de 28-8-2006, rel. Min. Celso de Mello).

"*Ementa*: Inquérito. Ação penal privada. Queixa-crime oferecida contra Deputado Federal e jornalista. Pretensas ofensas praticadas pelo primeiro querelado e publicadas pela segunda querelada em matéria jornalística: crimes de injúria e difamação (arts. 21 e 22 da lei de imprensa). 1. As afirmações tidas como ofensivas pelo Querelante foram feitas no exercício do mandato parlamentar, por ter o Querelado se manifestado na condição de Deputado Federal e de Presidente da Câmara, não sendo possível desvincular aquelas afirmações do exercício da ampla liberdade de expressão, típica da atividade parlamentar (art. 51 da Constituição da República). 2. O art. 53 da Constituição da República dispõe que os Deputados são isentos de enquadramento penal por suas opiniões, palavras e votos, ou seja, têm imunidade material no exercício da função parlamentar. 3. Ausência de indício de *animus difamandi* ou *injuriandi*, não sendo possível desvincular a citada publicação do exercício da liberdade de expressão, própria da atividade de comunicação (art. 5º, inc. IX, da Constituição da República). 4. Não ocorrência dos crimes imputados pelo Querelante. Queixa-crime rejeitada" (Inquérito n. 2.297–Distrito Federal, decisão do 20-9-2007, rel. Min. Cármem Lúcia).

A **imunidade formal ou processual**, por sua vez, é afeta à prisão e ao processo desencadeado pela prática do fato, valendo dizer que o delito foi perpetrado, contudo a restrição de liberdade e o desencadeamento do processo dependerão de algumas circunstâncias previstas expressamente na Lei Maior.

A imunidade formal **referente à prisão** está prevista no § 2º do art. 53 da CF, que, *in verbis*, dispõe que, "desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão".

Infere-se, portanto, que a única hipótese em que o parlamentar poderá ser preso (após a diplomação), será em flagrante de crime inafiançável – lembrando-se, em sede inicial, que todos os crimes militares são inafiançáveis –, excluindo-se os demais casos (prisão preventiva, temporária, prisão civil etc.).

Mesmo nos casos em que se admite a prisão, no entanto, a Casa do parlamentar preso (Câmara dos Deputados ou Senado Federal) decidirá **sobre a manutenção da prisão**, por maioria absoluta.

No que tange à imunidade formal **referente ao processo** a ser instaurado contra o congressista, não existe mais o controle prévio da Casa respectiva, mas posterior, já recebida a denúncia pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica nos §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 53 da CF.

Da análise dos dispositivos apontados também se extraem outras prerrogativas, que passaremos a uma sucinta análise.

Iniciamos pela prerrogativa de foro, uma vez que o § 1º do art. 53 dispõe que os "Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal". Há, como se percebe, a competência originária do STF para processar e julgar os parlamentares federais, isso desde a diplomação.

Esse processo, pela não mais vigência do controle prévio da Casa Legislativa, fruto de inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 35/2001, depende do recebimento da denúncia pelo Supremo Tribunal Federal. Recebida a denúncia por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão

final, sustar o andamento da ação (art. 53, § 3º, da CF). Após o recebimento, pela Mesa Diretora da respectiva Casa, do pedido de sustação do processo formulado por partido político com representação, deverá haver deliberação em quarenta e cinco dias (art. 53, § 3º, da CF).

Frise-se que a sustação do processo **somente poderá ocorrer nos casos em que o delito seja praticado após a diplomação**. No caso dos demais crimes, permanecerá a prerrogativa de foro, porém não haverá possibilidade de a Casa respectiva sustar o andamento da ação.

Deve-se consignar, ademais, que na hipótese de sustação do processo nos termos acima expressos, haverá também a suspensão da prescrição, enquanto durar o mandato (art. 53, § 5º, da CF), sendo possível afirmar que se configura em mais uma circunstância de **suspensão do prazo prescricional** além daquelas enumeradas no art. 116 do CP[204] e no art. 125, § 4º, do CPM[205].

As imunidades são irrenunciáveis, mas poderão ser suspensas, pelas Casas respectivas, durante o estado de sítio, pelo voto de dois terços da respectiva Casa, em atos praticados fora do Congresso e incompatíveis com a execução da medida (art. 53, § 8º, da CF).

Discussão interessante refere-se à *perpetuatio jurisdictionis*, ou seja, a perpetuação da prerrogativa de foro após o término do mandato.

Havia entendimento do STF, evidenciado pela Súmula 394, de que o foro privilegiado se perpetuava após o término do mandato. Dita Súmula, todavia, foi cancelada, mudando-se o entendimento, até que a Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, alterou o art. 84 do Código de Processo Penal retomando essa prerrogativa a ex-parlamentares. Tal lei, no entanto, foi objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 2797, impetrada, em 27-12-2002, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, e ADI 2860, impetrada, em 25-3-2003, pela Associação dos Magistrados Brasileiros), reconhecendo-se a inconstitucionalidade da perpetuação de foro privilegiado a ex-parlamentares, conforme decisão lavrada em 15 de setembro de 2005, referente à ADI 2797, tendo por relator o Min. Sepúlveda Pertence. Concluindo, a prerrogativa de foro não dura além do mandado do parlamentar.

No que tange aos **Deputados Estaduais e Distritais**, conforme o disposto no § 1º do art. 27 da Constituição Federal, aplicam-se a eles as regras constitucionais afetas à inviolabilidade e à imunidade para os parlamentares federais.

Entendia-se, como ainda se encontra em algumas doutrinas, que essas prerrogativas somente se opunham perante o Poder Judiciário dos Estados**[206]**, isso em razão de posicionamento já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 3, de 13-12-1963).

Assim, e. g., um Deputado Estadual surpreendido na prática de crime eleitoral, cuja competência de julgamento é da Justiça Eleitoral, componente do Poder Judiciário Federal, poderia ser autuado e processado normalmente pela Justiça em questão. Por outro lado, no caso de crime de competência do Poder Judiciário Estadual, somente poderia ser preso em caso de crime inafiançável e nunca em crimes de palavra relacionados ao exercício do mandato.

O posicionamento sedimentado na Súmula 3, no entanto, sofreu alteração, chegando o Pretório Excelso a reconhecer, unanimemente, sua superação em face das regras trazidas pela "Constituição Cidadã", entendendo-se, a partir de então, que as imunidades abrangeriam todos os delitos, sejam eles de competência do Poder Judiciário federal ou do Poder Judiciário estadual. Por todos, *vide* o Recurso Extraordinário n. 456.679-6 – Distrito Federal, assim condensado:

"*Ementa*: Parlamentar distrital: imunidade formal: CF, art. 53, § 2º, c/c os arts. 27, § 1º, e 32, § 3º: incidência. Com o advento da Constituição de 1988 (art. 27, § 1º), que tornou aplicáveis, sem restrições, aos membros das Assembleias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, as normas sobre imunidades parlamentares dos integrantes do Congresso Nacional, ficou superada a tese da Súmula 3/STF ('A imunidade concedida a Deputados Estaduais é restrita à Justiça do Estado'), que tem por suporte necessário que o reconhecimento aos deputados estaduais das imunidades dos congressistas não derivava necessariamente da Constituição Federal, mas decorreria de decisão autônoma do constituinte local" (RE n. 456.679-6 – Distrito Federal, decisão de 15-12-2005,

rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Concluindo, em visão hodierna aplicam-se aos Deputados Estaduais e Distritais todas as imunidades conferidas aos parlamentares federais, guardando-se, obviamente, certo paralelismo, ou seja, o parlamentar será processado perante o **Tribunal de Justiça do Estado**, podendo a **Assembleia Legislativa** decidir sobre a sustação do processo com a correspondente suspensão do prazo prescricional**[207]**.

Por fim, no caso dos **Vereadores**, a Constituição apenas lhes conferiu imunidade absoluta nos crimes de opinião, limitando-se essa imunidade à circunscrição do município do mandato, *ex vi* do art. 29, VIII, da Lei Maior.

Essas foram as premissas lançadas acerca da aplicação da lei penal (também a militar) em relação aos detentores de mandatos do Poder Legislativo. Vejamos, agora, como se comporta o tema em relação aos detentores de mandatos eletivos do Poder Executivo.

12.3.2.2. Noções fundamentais acerca da aplicação da lei penal em relação aos detentores de mandato eletivo no Poder Executivo

Como bem se sabe, os cargos eletivos não se restringem aos membros do Poder Legislativo, mas referem-se também aos Chefes do Poder Executivo, nas três esferas (federal, estadual e municipal), donde surge a necessidade de estudar como se aplica a lei penal em relação a essas pessoas.

A iniciar pelo "Mandatário Maior da Nação", o Presidente da República desfruta daquilo que se intitula **imunidade presidencial** ou **irresponsabilidade penal relativa**. Sobre ela, com muita propriedade discorre Alexandre de Moraes ao dizer que, "diferentemente do princípio da absoluta irresponsabilidade, inerente ao caráter vitalício do cargo real (*The King can do no wrong*), a Constituição Federal prevê regras especiais de responsabilização do Presidente da República, tanto por infrações político-administrativas quanto por infrações penais"**[208]**.

No que se refere à responsabilidade penal do Presidente da República, devemos primeiro cindir em duas possibilidades de perpetração de atos

entendidos como delituosos: infrações penais estranhas ao exercício do cargo, ainda que no período em que detenha o mandato; infrações penais praticadas em razão do cargo.

No primeiro caso, ou seja, nas infrações penais praticadas em ato estranho ao cargo, sejam elas perpetradas antes ou durante o mandato, o Presidente da República não sofrerá responsabilização penal de qualquer ordem, conforme o disposto no § 4º do art. 86 da Constituição Federal: "O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções".

"Assim", conclui Pedro Lenza, "as infrações penais praticadas antes do início do mandato ou durante sua vigência, porém, sem qualquer relação com a função presidencial (ou seja, não praticadas *in officio* ou *propter officium*), não poderão ser objeto da *persecutio criminis*, que ficará, provisoriamente, inibida, acarretando, logicamente, a suspensão do curso da prescrição"**[209]**.

Em outro polo, temos as infrações penais praticadas pelo Presidente da República relacionadas com o exercício do cargo, havendo que considerar, para seu estudo, uma subdivisão, a saber, as infrações penais de responsabilidade e as infrações penais comuns.

São **crimes de responsabilidade**, dentre as várias definições existentes, as "infrações político-administrativas definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função, que atentam contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do País, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais"**[210]**. Esse rol, meramente exemplificativo, consta do art. 85 da Lei Maior, que exige, por seu parágrafo único, que lei especial seja editada para sua tipificação e para as regras de processo e julgamento. Não foi editada nova lei a definir os parâmetros da atual Constituição, havendo, em face dessa realidade, a recepção em grande parte da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, já modificada em alguns dispositivos pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000.

No que concerne ao procedimento do julgamento do Presidente da

República por esses crimes, podemos assentar que é ele bifásico, havendo um juízo de admissibilidade e o julgamento efetivo do delito.

A admissão da acusação é de competência da Câmara dos Deputados, que o fará por maioria de dois terços de seus membros (art. 86 da CF). Vencida essa fase, será competente para o julgamento o Senado Federal (art. 52, I, da CF), presidindo a sessão de julgamento o Presidente do Supremo Tribunal Federal (parágrafo único do art. 52 da CF), limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (parágrafo único do art. 52 da CF), ficando suspenso de suas funções após a instauração do processo pelo Senado Federal (art. 86, § 1º, II, da CF). Essa suspensão durará por no máximo cento e oitenta dias, após o que o Presidente reassumirá suas funções, com o processo em curso (art. 86, § 2º, da CF).

Já nos **crimes comuns** relacionados com o exercício do cargo, haverá outra conformação.

Primeiro, deve-se entender que a "expressão 'crime comum', conforme posicionamento do STF, abrange 'todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais, alcançando até mesmo os crimes contra a vida e as próprias contravenções penais"**[211]**. Obviamente, nesse conceito estará abarcado também o crime militar, uma vez que a expressão em relevo, embora focada no bem jurídico tutelado, apenas surge da contraposição desses crimes àquelas infrações penais classificadas como crimes de responsabilidade.

Nessas infrações, a exemplo das anteriores, também deve haver a admissão da acusação pela Câmara dos Deputados, por maioria de dois terços (art. 86 da CF), sendo, contudo, competente para o julgamento o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *b,* da CF), ficando o Presidente suspenso de suas funções assim que o Supremo receber a denúncia ou a queixa-crime (art. 86, § 1º, I, da CF). Tal suspensão durará por no máximo cento e oitenta dias, após o que o Presidente reassumirá suas funções, com o processo em curso (art. 86, § 2º, da CF). Condenado, além das penas cominadas ao delito, por via reflexa, o

Presidente da República também perderá o cargo em razão da condenação definitiva, por força da suspensão de direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação (art. 15, III, da CF).

No que concerne à prisão, por fim, enquanto não sobrevier sentença condenatória o Presidente da República não estará sujeito a ela (art. 86, § 3º, da CF). Essa previsão, obviamente, aplica-se somente às infrações penais comuns relacionadas ao exercício do cargo, já que nos crimes de responsabilidade não há a privação de liberdade como consequência da condenação e nas infrações estranhas ao exercício do cargo não há responsabilização do Presidente da República.

Passando à análise dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, primeiro deve-se assentar que não há para eles a previsão de uma cláusula de irresponsabilidade relativa, ou seja, são eles passíveis de responsabilização por todas as infrações penais que praticarem, tenham ou não ligação com o exercício do cargo.

Também não se aplica aos Chefes do Poder Executivo dos Estados e do Distrito Federal a restrição à prisão, diversamente, portanto, do que ocorre com o Presidente da República.

Dessa forma, pode-se dizer que as restrições afetas aos Governadores dizem respeito apenas à admissibilidade da acusação e à prerrogativa de foro, havendo a cisão entre crimes comuns e de responsabilidade.

Conforme o disposto no art. 105, I, *a*, da CF, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal. À concepção da expressão "crimes comuns", qual a construímos para o Presidente da República, chega-se por oposição aos crimes de responsabilidade, incluindo-se, obviamente os crimes militares.

Já no que respeita aos crimes de responsabilidade, cuja tipificação para os Governadores, por ora, também se encontra baseada na Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, conforme seu art. 74, a competência de julgamento dependerá de previsão na Constituição Estadual.

Tomando por exemplo a Constituição paulista, a regra vem disciplinada no seu art. 49, na seguinte conformidade:

"Artigo 49. Admitida a acusação contra o Governador, por dois terços da Assembleia Legislativa, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns, ou, nos crimes de responsabilidade, perante Tribunal Especial.

§ 1º O Tribunal Especial a que se refere este artigo será constituído por sete Deputados e sete Desembargadores, sorteados pelo Presidente do Tribunal de Justiça, que também o presidirá".

A regra acima, no entanto, não possui entendimento uníssono na compreensão dos crimes de responsabilidade, sendo inclusive objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF (ADI 2.220), ainda em curso, porém com deferimento de liminar no sentido de suspender a eficácia do dispositivo, nos seguintes termos:

"Por maioria, vencido o Presidente (Ministro Marco Aurélio), o Tribunal deferiu a cautelar para suspender a eficácia da expressão 'ou do Governador', constante do item 1 do § 2º do artigo 10, da Constituição do Estado de São Paulo. E, por unanimidade, o Tribunal também deferiu a cautelar para suspender a eficácia do artigo 48 e do seu parágrafo único; da expressão 'ou, nos crimes de responsabilidade, perante Tribunal Especial', contida no *caput* do artigo 49; dos §§ 1º e 2º do citado artigo (49), e no § 3º, do seu item 2; e do artigo 50, todos da aludida Constituição. Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). Plenário, 01.8.2000".

Buscando solucionar a polêmica Pedro Lenza entende que dever-se-ia utilizar as regras da Lei n. 1.079/50, e, partindo dessa premissa, o julgamento, em São Paulo, compete a um "tribunal formado por cinco membros do Legislativo, cinco desembargadores, sob a presidência do TJ local, que terá direito de voto no caso de empate"**[212]**.

Finalmente, no que concerne aos **prefeitos**, as regras são um pouco

mais complicadas.

Também há que se fazer a distinção entre crimes comuns e crimes de responsabilidade, sendo possível afirmar que tais agentes públicos não possuem irresponsabilidade relativa, nem restrição à aplicação da prisão, como ocorre com o Presidente da República.

Em relação à competência de julgamento nos **crimes de responsabilidade –** definidos, agora, no Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores –, a competência de julgamento é do Tribunal de Justiça do Estado, conforme entendimento do inciso X do art. 29 da CF ("julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça").

Nos **crimes comuns**, também sob o enfoque do mesmo dispositivo constitucional, a competência seria do Tribunal de Justiça dos Estados. Contudo, um novo elemento deve ser acrescido a esse entendimento, qual seja, a compreensão trazida pela Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em Seção Plenária de 24 de setembro de 2003, nos seguintes termos: "a competência do tribunal de justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau".

Desse modo, em se tratando, por exemplo, de um crime eleitoral, a competência será do Tribunal Regional Eleitoral, uma vez que a competência de julgamento não é da Justiça Comum estadual. Em um homicídio, por outro enfoque, a competência será do Tribunal de Justiça do Estado.

12.3.2.3. Efetiva aplicação da lei penal militar a ocupantes de cargos eletivos

Feitas as necessárias considerações preambulares que nos instrumentam para a compreensão de todos os fatores que influenciam na investigação acerca dos crimes cometidos por detentores de mandato eletivo, cumpre-nos agora enfrentar o tema de forma a tornar clara a concepção que se deve dar.

Como se viu acima, duas espécies de mandato eletivo poderão ser

ocupadas: uma afeta ao Poder Legislativo (Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Vereador) e outra afeta ao Poder Executivo (restringindo-nos ao Chefe do Poder Executivo – Presidente da República, Governadores e Prefeitos – embora os cargos de Vice-presidente, Vice-governador e de Vice-prefeito também se enquadrem nessa definição).

Como verificado no início, esses cargos podem ser ocupados por civis ou por militares inativos em razão da eleição. No caso específico dos militares, pela atual compreensão dada ao § 8º do art. 14 da CF**[213]**, deve-se lembrar que o militar que pretenda candidatar-se, somente continuará sendo militar se já possuir mais de dez anos de efetivo serviço, permanecendo agregado, em regra, durante os três meses que antecedem o pleito. Caso tenha tempo de serviço inferior, pelas regras atualmente impostas, deverá ele pedir sua exoneração ou passagem para a reserva não remunerada, conforme o caso, ocasião em que será visto como um civil para a lei penal militar.

Em outros termos, para tornar clara a compreensão, doravante ao utilizarmos a palavra "militar" estaremos nos referindo ao militar que possuía mais de dez anos de serviço, candidatou-se passando pela agregação e, agora eleito, encontra-se na condição de militar inativo com vencimentos proporcionais, seja na reserva remunerada, seja na condição de reformado com vencimentos proporcionais. Ao nos referirmos, por outro lado, ao civil, estaremos indicando tanto aqueles que nunca foram militares como aqueles que foram militares mas acabaram punidos com demissão, exclusão ou expulsão, conforme os respectivos Regulamentos Disciplinares, ou que tenham pedido exoneração ou ingresso na reserva não remunerada para concorrer à eleição, por terem menos de dez anos de serviço na Força Militar.

Por outro lado, toda vez que nos referirmos à prática de crime militar por um civil detentor de mandato eletivo, estaremos trabalhando em hipótese de crime militar federal, já que, como veremos adiante, de forma predominante, postula-se que no âmbito estadual o civil não comete crime militar.

Iniciando pelos detentores de cargos eletivos do Poder Legislativo, como acima visto, desde que respeitadas as imunidades parlamentares, é perfeitamente possível a prática de crime militar por parlamentar (seja civil,

apenas no âmbito federal, ou militar).

Essa visão há que ser empregada com a ressalva de que o civil e o militar em questão, por tratar-se de inativo na condição de reformado ou de integrante da reserva remunerada em razão exatamente de sua diplomação no cargo, deverão ter sua conduta, além de subsumida na Parte Especial do Código Penal Militar, enquadrada em uma das alíneas do inciso III do art. 9º do CPM, que estudaremos adiante.

Exemplificativamente, um Deputado Federal, militar da reserva remunerada do Exército Brasileiro que, desejando afrontar aquela instituição pela sua desmoralização, ingresse em quartel decidindo subtrair material bélico (fuzil automático leve, p. ex.), praticando tal conduta na calada da noite, estará, em tese, em prática de crime militar capitulado no § 4º do art. 240 (furto qualificado), combinado com a alínea *a* do inciso III do art. 9º, tudo do Código Penal Militar.

Todavia, tal parlamentar somente poderá ser preso se for encontrado em uma das hipóteses do art. 244 do Código de Processo Penal Militar, ou seja, em flagrante delito, sendo desnecessária a observação de ser o crime inafiançável, visto que todos os crimes militares, como indicamos precariamente acima, o são. Caso haja a prisão em flagrante, a Autoridade de Polícia Judiciária Militar deverá encaminhar cópia dos autos também à Câmara dos Deputados, no prazo máximo de vinte e quatro horas, remetendo ainda os autos originais à Auditoria de Justiça Militar correspondente. Essa, por sua vez, verificando a prerrogativa de foro já esmiuçada, deverá, após manifestação do representante do Ministério Público, providenciar para que o procedimento seja encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, onde haverá ou não o recebimento da denúncia lavrada pelo Membro do *Parquet* naquela órbita. Mesmo após o recebimento da denúncia, a Casa respectiva, por maioria absoluta, poderá sustar o processo, suspendendo-se também o curso prescricional por hipótese não enumerada no art. 125 do CPM.

O mesmo já não poderia acontecer caso o parlamentar em questão ofendesse, no exercício do mandato, a honra de um Comandante de Unidade do Exército, isso não só porque ausente a intenção de afrontar a instituição mas,

principalmente, pela inviolabilidade nos crimes de opinião.

A mesma compreensão pode, obviamente, ser dada a um Deputado Estadual, militar inativo de uma milícia estadual, que pratique os delitos exemplificados, guardado o mencionado paralelismo.

Nesse sentido, tome-se no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais o Processo de Competência Originária n. 15 (Proc. n. 24.102, 3ª Auditoria da Justiça Militar), julgado em 31 de outubro de 2007, sob relatoria do Juiz Fernando Galvão da Rocha:

"O artigo 9º, em seu inciso II, alíneas *b* e *c*, bem como em seu inciso III, do Código Penal Militar, ao definir o crime militar faz expressa referência ao 'militar da reserva' e ao 'civil', de modo a deixar claro que as situações jurídicas não se confundem. Se o militar da reserva fosse considerado civil, para os fins do Direito Penal Militar, os dispositivos legais não lhes fariam qualquer referência, e a previsão normativa referir-se-ia apenas ao civil. Não se pode entender que na lei existam palavras inúteis. Se a própria lei faz distinção entre o 'militar da reserva' e o 'civil' é porque tais situações jurídicas são distintas e não se pode confundi-las. Pondo fim à questão, o art. 13 do CPM deixa claro que o militar da reserva submete-se, na condição de militar, aos efeitos da lei penal militar. Portanto, o militar da reserva é militar e não pode ser considerado civil para os efeitos da aplicação da lei penal. *Segundo o art. 53 da Constituição da República, o Deputado Federal é processado e julgado perante a mais alta corte de justiça, considerando-se o contexto nacional. Aplicando-se o princípio da simetria, o parlamentar estadual deve ser processado e julgado na mais alta corte do sistema judicial estadual. No âmbito da organização judiciária do Estado de Minas Gerais não existe uma corte única de mais alto grau de jurisdição que se possa comparar ao Supremo Tribunal, no plano nacional. No plano estadual, a jurisdição somente pode apresentar dois graus, sendo que, no Estado de Minas Gerais, existem dois tribunais de segundo grau de jurisdição: o Tribunal de Justiça, que é órgão da Justiça Comum, e o Tribunal de Justiça Militar, que é órgão da Justiça Especializada. Não se pode entender que o Tribunal de Justiça seja órgão judiciário de maior grau que o Tribunal de Justiça Militar, ou vice-versa*. Não há hierarquia jurisdicional entre os Tribunais, sendo que um não pode reformar as

decisões do outro. Cada um dos dois tribunais estaduais exerce funções de segundo grau da respectiva justiça, comum e militar, não havendo, no Estado, nenhum tribunal que possa ser considerado superior. *A imunidade que a Constituição da República confere ao Deputado Estadual se coloca no sentido de que este seja processado e julgado por órgão de segundo grau de jurisdição da Justiça Estadual*. Não há determinação constitucional expressa de que o Deputado Estadual seja julgado pelo Tribunal de Justiça, como ocorre em relação aos prefeitos municipais. O inciso I do art. 106 da Constituição Estadual faz para a competência originária do Tribunal de Justiça a expressa ressalva da competência das justiças especializadas. A correta interpretação do sistema de repartição de competência indica que a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar os Deputados Estaduais está restrita aos crimes de competência da Justiça Comum estadual. *Conforme disposto na Constituição Estadual, compete ao Tribunal de Justiça Militar processar e julgar os Deputados Estaduais militares nos crimes militares. A definição da competência, em razão das prerrogativas de função, é de natureza funcional e não material, o que significa dizer que somente determina o órgão jurisdicional que irá conhecer originariamente a causa. Os critérios de determinação da competência funcional não interferem nos critérios de definição da competência em razão da matéria.*(...)". (g. n.)

Por fim, no caso do vereador, militar inativo da Polícia Militar, por exemplo, perfeitamente possível a prática de delitos militares, e isso com maior facilidade dada a extrema redução de prerrogativas em comparação aos parlamentares federais e estaduais.

Essa visão, ressalte-se, já encontra precedente em alguns casos práticos.

No Estado de São Paulo, por exemplo, um soldado PM reformado, ocupante do cargo de vereador, foi preso em flagrante delito por prática do delito capitulado no art. 298 do CPM (desacato a superior), por ter, em tese, proferido palavras com o intuito de menoscabar superior hierárquico. O Ministério Público, entendendo existirem indícios delitivos, ofereceu denúncia, devidamente recebida pelo douto Juiz de Direito da Terceira Auditoria de Justiça Militar Estadual, em 28 de novembro de 2005, tendo início o Processo n. 43.274/05**[214]**.

O caso supracitado corrobora a visão exposta, segundo a qual é possível a prática de crime militar por parlamentar, seja ele civil, em âmbito federal, seja ele militar integrante da inatividade, isso tanto no âmbito federal como no estadual, desde que observadas as restrições materiais e processuais dispostas na Constituição Federal.

Passemos agora ao estudo das possibilidades afetas aos detentores dos cargos eletivos do Poder Executivo.

Para detentor de mandato afeto ao Poder Executivo, apesar de possível o cometimento de infrações penais durante o curso do mandato, devemos fazer a análise compartimentada, primeiro, em duas categorias de infrações penais, as comuns e as de responsabilidade, e, segundo, de acordo com o âmbito do cargo na estrutura federativa, ou seja, Presidente da República, Governadores ou Prefeitos.

Iniciando pelos crimes de responsabilidade, ou seja, regra geral aqueles cometidos no exercício das funções inerentes aos cargos, é possível a prática de delitos pelo ocupante dos cargos de Presidente da República, de Governador dos Estados ou do Distrito Federal ou de Prefeitos, devendo-se observar as regras relativas ao processo já expostas (prerrogativa de foro, admissibilidade da acusação por Casa Legislativa, restrições à prisão).

Nos crimes comuns – ressaltamos que o conceito aqui não se prende à abordagem dada no início desta obra com fulcro no bem jurídico, mas ao fato de o crime não ser considerado como crime de responsabilidade, enquadrando-se nesse conceito, portanto, o crime militar – também é possível a prática delitiva por detentor de mandato eletivo do Poder Executivo, porém, deve-se analisar as hipóteses para cada esfera.

Caso o cargo seja o de Presidente da República, os crimes comuns por ele praticados sem relação com o exercício do cargo não poderão ser sujeitos à persecução criminal, sejam eles praticados antes ou após a assunção do cargo. Um furto de material bélico do Exército, por exemplo, sem que haja relação com o exercício do cargo, estará abrangido por essa irresponsabilidade.

Para os **crimes comuns** praticados no exercício das funções afetas ao

cargo, o Presidente da República pode ser responsabilizado, inclusive por crime militar, desde que encontrada subsunção na Parte Especial e na Parte Geral do Código Penal Militar, essencialmente as alíneas do inciso III do art. 9º. Deve-se, no entanto, respeitar as prerrogativas no que concerne à admissibilidade da acusação pela Câmara dos Deputados e à prerrogativa de foro pelo Supremo Tribunal Federal.

É muito difícil a idealização de um exemplo em que o Presidente da República pratique delito relacionado ao exercício do cargo sem que se configure ele em crime de responsabilidade; contudo, correndo o risco das críticas que poderão surgir, tentaremos exemplificar uma possibilidade. Imaginemos um militar federal eleito para o cargo de Presidente da República. No momento da eleição, conforme a premissa adotada com base na interpretação do § 8º do art. 14 da Constituição Federal, passará para a inatividade, tornando-se militar da reserva remunerada ou reformado, conforme o caso. Referido militar inativo, já como Presidente da República, altera um documento oficial pelo qual, em data pretérita, transmitiu uma ordem às Forças Armadas, buscando com sua conduta simplesmente trazer um grave comprometimento da ordem administrativa militar, profetizando, com base na falsidade documental perpetrada, que havia uma recalcitrância inexplicável ao cumprimento de sua ordem. O fato descrito, em tese, encontra subsunção no art. 311 do CPM, sendo possível a prática por militar inativo, com base na alínea *a* do inciso III do art. 9º do mesmo *Codex*, desde que o sujeito ativo deseje, com sua conduta, afrontar a própria instituição Exército Brasileiro, como verificado no exemplo consignado. Havendo a subsunção no CPM e considerando que o fato atentou contra a Administração Militar pela fé pública e não contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do País, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais, podemos dizer que houve cometimento de um crime militar, aqui caracterizado como crime comum. Em havendo a admissão da acusação pela Câmara dos Deputados, por maioria de dois terços, haverá o julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, ficando o Presidente suspenso de suas funções assim que o Supremo receber a denúncia, suspensão essa que durará por no máximo cento e oitenta dias, após o que o

Presidente reassumirá suas funções, com o processo em curso.

Quanto aos Governadores das Unidades Federativas, desde que respeitadas as regras afetas às prerrogativas – que não comportam, ressalte-se, a irresponsabilidade penal relativa, nem a restrição à prisão –, poderá haver a prática de **infrações penais comuns**, enquadrando-se nesse universo inclusive as militares desde que subsumidas pela Parte Especial e pela Parte Geral (entenda-se, hipóteses constantes das alíneas do inciso III do art. 9º) do Código Penal Castrense, sendo, no entanto, competente para processar e julgar originariamente tais delitos o Superior Tribunal de Justiça, conforme o disposto no art. 105, I, *a*, da Constituição Federal.

Também são passíveis de responsabilização os Prefeitos pela prática de **infrações penais comuns**, enquadrando-se nesse universo inclusive as militares , desde que subsumidas pela Parte Especial e pela Parte Geral (entenda-se, hipóteses constantes das alíneas do inciso III do art. 9º) do Código Penal Castrense.

Caso a infração seja de competência da Justiça Comum estadual, a competência de julgamento será do respectivo Tribunal de Justiça, nos termos do disposto no inciso X do art. 29 da Lei Maior.

Nas demais situações, ou seja, não sendo o crime de competência da Justiça Comum estadual, segundo o entendimento trazido pela Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.

Assim, no caso de crime eleitoral a competência do Tribunal Regional Eleitoral e, como mais nos interessa, no caso de crime militar, a competência será do órgão de segundo grau, ou seja, o Superior Tribunal Militar, se crime militar federal, e, nas infrações penais militares em âmbito estadual, dos Tribunais de Justiça Militar nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul e dos Tribunais de Justiça nos demais Estados.

12.3.3. Aplicação da lei penal militar em relação aos advogados

Os advogados, não por previsão constitucional, mas por expressa

previsão legal, gozam de certas imunidades que podem ser também materiais ou processuais.

A Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), em seu art. 7º traz, ao lado de uma série de prerrogativas do exercício profissional, algumas garantias que podem muito bem ser compreendidas como imunidades.

A primeira ordem de imunidades é a material para alguns crimes de opinião, uma verdadeira inviolabilidade para, nos exatos termos do § 2º do art. 7º, os crimes de injúria, difamação ou desacato, não alcançando os demais crimes. Ocorre que, em 18 de maio de 2006, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, considerou inconstitucional a previsão do dispositivo em relação ao crime de desacato, podendo ser tal conformação estendida aos crimes de desacato a superior (art. 298), obviamente quando o advogado for militar inativo, e de desacato a militar de serviço (art. 299), nesse caso podendo o advogado ser civil (hipótese possível apenas no âmbito dos crimes militares federais) ou militar inativo (possível tanto no âmbito dos crimes militares estaduais como dos federais).

Exemplificando a compreensão dada, se um advogado, militar do Estado reformado, no exercício profissional, injuriar um Oficial encarregado de Inquérito Policial Militar, haverá imunidade material para o fato, não podendo, sequer, ser instaurado um feito de polícia judiciária militar, Por outro lado, se esse mesmo advogado, desacatar militares de serviço na Guarda do Quartel, ainda que no exercício profissional, o crime do art. 299, se presentes as circunstâncias do inciso III do art. 9º do CPM, ocorrerá, devendo-se partir para um segundo momento da análise, afeto às restrições de ordem processual, ligadas às restrições para a prisão do advogado.

Nesse sentido, a título de exemplo, *vide* Processo n. 44.811/06, a cargo da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, em que um advogado no exercício profissional, militar reformado da Polícia Militar, teria, em tese, desacatado um sargento da ativa, em função adstrita à guarda do quartel.

Ao receber a denúncia, o ilustre Juiz de Direito daquela Auditoria, Ronaldo João Roth, muito bem expôs a questão dispondo que a condição de militar do denunciado "praticando o delito imputado contra a vítima (militar de serviço) e no Quartel traz certo a competência desta Justiça Especializada, pela previsão de delito militar, subsumidos no artigo 299, c.c. o art. 9º, inciso III, alínea *b*, do Código Penal Militar". Prossegue dispondo que o "fato de ter procurado o Quartel, num domingo (21/05/06 às 12:30 horas) para protocolar um documento para seu cliente, agindo como Advogado, como declinou, não lhe dá imunidade quanto ao crime imputado e igualmente não pode ser obstáculo para apreciação do fato pela Justiça Militar Estadual, pois o denunciado, embora sendo Advogado, também é militar e, portanto, sujeito à Lei Penal Militar e até mesmo ao Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, como é sabido".

Inconformado com o recebimento da denúncia e o início do processo, impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, havendo decisão da 1ª Câmara daquele Tribunal denegando acertadamente a ordem de *habeas corpus* sob primorosos argumentos. Primeiro, enumerou-se que o julgamento do remédio em discussão não se prestava a discutir se o paciente praticara ou não o crime de desacato, mas sim exclusivamente a apreciar se a competência para que o paciente seja processado e julgado compete a essa Justiça Militar. Em seguida, sedimentando a visão de que a imunidade do advogado não alcança o crime de desacato, o v. acórdão dispôs que:

"A Lei n. 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 2º, § 3º, praticamente reproduz o texto constitucional, estabelecendo que 'No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei'.

Referida lei, por sua vez, enuncia pormenorizadamente os direitos do advogado, merecendo destaque, em face da matéria sob exame, o disposto no § 2º do artigo 7º, que assim se expressa: 'O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação (...) puníveis, qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer'.

Registre-se que o termo ‘ou desacato’, que constava originariamente no texto da lei, teve suspensa sua eficácia por decisão do E. Supremo Tribunal Federal (ADI 1127).

Independente dessa decisão, verifica-se que a inviolabilidade ou imunidade do advogado não é ilimitada, devendo observar determinados parâmetros”.

Arremata o primoroso Acórdão com exemplos que facilitam a compreensão da distinção de um crime comum de desacato de um crime militar de desacato a militar de serviço, perpetrado por militar inativo. Vejamos:

“O cidadão, que é civil, militar federal da reserva ou reformado e também advogado, pode eventualmente praticar o crime de desacato, incidindo, conforme a situação, no disposto no artigo 331 do Código Penal ou no artigo 299 do Código Penal Militar (neste caso se o crime tiver sido praticado nas condições previstas no artigo 9º, inciso III, do CPM).

Nessa hipótese, será processado e julgado, respectivamente, pela Justiça Comum, se o crime estava previsto no Código Penal, ou pela Justiça Militar da União, se previsto no Código Penal Militar.

Naturalmente, não há como o civil ser processado e julgado pela Justiça Militar Estadual, bem porque o § 4º do artigo 125 da Constituição Federal prevê sua competência apenas em relação aos policiais militares.

Por sua vez, o cidadão, militar estadual da reserva ou reformado e também advogado, pode igualmente vir a praticar o crime de desacato, incidindo, conforme a situação, no disposto no artigo 331 do Código Penal ou no artigo 299 do Código Penal Militar (neste caso se o crime tiver sido praticado nas condições previstas no artigo 9º, inciso III, do CPM).

Nesta outra hipótese, se o crime não tiver sido praticado nas condições previstas no artigo 9º, inciso III, do CPM, ocorrerá a aplicação do disposto no artigo 331 do Código Penal e o fato será alvo de processo e julgamento na Justiça Comum.

Por exemplo: o advogado dirige-se durante o final de semana a um dos

Fóruns Regionais existentes na Capital pretendendo protocolar uma petição. Como não há expediente e o protocolo só funciona nos dias úteis, o advogado insiste para que o vigia ali presente receba o documento. Diante da recusa o advogado vem a desacatar o funcionário, motivando a que responda na Justiça comum pela prática do crime previsto no artigo 331 do Código Penal.

De outro modo, no caso sob exame neste *habeas corpus*, previstas as circunstâncias explicitadas no artigo 9º, inciso III, do CPM, a conduta do advogado e militar poderá estar tipificada no artigo 299 do Código castrense e o processo e julgamento ser de competência da Justiça Militar Estadual".

Nota-se claramente que a visão da Justiça Militar paulista, em primeira e segunda instâncias, é, acertadamente, a de que é possível um advogado, militar inativo, cometer um crime militar de desacato, ainda que no exercício da advocacia. Acrescente-se aos exemplos trazidos pelo E. TJM/SP a compreensão de que o desacato, ao ser encarado como delito comum (art. 331 do CP comum), impõe a lavratura do termo circunstanciado, já que crime de menor potencial ofensivo, na dicção do art. 61 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, já com a alteração trazida pela Lei n. 11.313, de 28 de junho de 2006.

Todavia, a questão em comento, em sede do Recurso em *Habeas Corpus* n. 21.701/SP, julgado em 4 de junho de 2008, sob relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, entendeu por competente a Justiça comum, anulando, *ab initio*, o processo supracitado.

Com a devida vênia daquele colendo Tribunal, os argumentos da decisão – que, frise-se, não discutiu o cometimento do crime, mas apenas a competência de julgamento – não merecem acatamento.

Inicialmente, baseou-se a respeitável decisão em um precedente do próprio STJ, sintetizado no voto do Ministro Felix Fisher, que, citando Denílson Feitosa Pacheco, Célio Lobão, Jorge César de Assis e Sheila Bierrenbach, avalia a possibilidade de um militar federal inativo, capitão da reserva do Exército Brasileiro, ser processado e julgado pela Justiça Militar Estadual em face de um delito praticado contra um policial militar em serviço, premissa totalmente diversa do caso ora comentado, em que ambos eram integrantes da Polícia

Militar do Estado de São Paulo. Por óbvio, a Justiça Militar Estadual não pode julgar os militares das Forças Armadas, e isso, de fácil compreensão da leitura do § 4º do art. 125 da CF, nada guarda de semelhante com o caso em análise, a não ser o fato de o sujeito ativo ser militar inativo. Note-se, entretanto, que o militar reformado da Polícia Militar do Estado de São Paulo pode ser julgado pela Justiça Militar de seu Estado.

Em segundo momento, com base no precedente condensado no *Habeas Corpus* n. 80.536-1/DF, do Supremo Tribunal Federal, busca-se uma equiparação legal entre civil e militar inativo. Com efeito, há certa equiparação, mas apenas para as circunstâncias de cometimento do crime militar, e não na essência do cargo ou função. Em outras palavras, ambos, civil e inativo, apenas cometem crimes militares na exceção, de acordo com o inciso III do art. 9º do CPM, ou seja, devem ter a intenção de agredir a instituição militar e praticar o fato em uma das situações descritas nas alíneas desse inciso. Porém, não há uma equiparação plena, de sorte que se possa alegar, como pretende a decisão do STJ, que o inativo também não pode ser julgado pelas Justiças Militares Estaduais, ou que, por exemplo, por ser equiparado a civil, o inativo não possui superior hierárquico, para fins de configuração de crimes como o capitulado no art. 157 do CPM (violência contra superior).

Finalmente, ao acolher o parecer ministerial como fundamento da decisão, o STJ respalda, com a devida vênia, absurda visão de que somente as Forças Armadas são instituições militares para fins do inciso III do art. 9º do CPM. As Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares são, inequivocamente, instituições militares pelo regime que lhes conferiu a Constituição Federal, mormente no art. 42, que considera seus integrantes militares dos Estados, sujeitos a regime jurídico muito peculiar.

Em resumo, respeitando todas as construções em sentido oposto, entendemos que os militares inativos no exercício da advocacia podem cometer crimes militares, inclusive o crime de desacato a superior (art. 298 do CPM) e desacato a militar de serviço (art. 299 do CPM), desde que preenchidas as exigências do inciso III do art. 9º do CPM, sendo competente para processar e julgar esses crimes as Justiças Militares da União e as Estaduais. Frise-se,

inclusive que o advogado que não é militar inativo pode cometer, na esfera federal, o crime de desacato a militar de serviço, em face da disposição do art. 124 da CF.

Mas a conclusão pela possibilidade do cometimento de crime por advogado, não encerra a questão das imunidades para os advogados, sendo ainda necessário avaliar as imunidade processuais.

As imunidades processuais atingem o ato de prisão do advogado. Pelo § 3º do mesmo art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, devendo-se nesse caso ser providenciada a presença de representante da OAB, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade.

Em primeiro plano, deve-se lembrar que todos os crimes militares são inafiançáveis, sendo perfeitamente possível a prisão em flagrante de advogado desde que presentes uma das hipóteses do art. 244 do Código de Processo Penal Militar, devendo a autoridade de polícia judiciária militar providenciar a comunicação à respectiva secção da Ordem dos Advogados, para que a lavratura se faça acompanhar por representante da categoria.

12.4. Contagem de prazos no Direito Penal Militar

Uma outra questão também interessante à aplicação da lei penal militar está na exata compreensão de como os prazos no Direito Penal Militar substantivo são computados, questão que influencia diretamente em temas como a concessão de livramento condicional, prescrição etc.

O art. 16 do Código Penal Militar dispõe que, nos prazos dos institutos ligados ao direito material, será contado o dia do começo, concluindo-se que o dia do fim deve ser excluído. Ademais, é lugar comum que os dias, os meses e os anos são contados pelo calendário comum, ou seja, não importa se o mês tem 29, 30 ou 31 dias, é contado o mês do dia em que começou o prazo até a véspera do mesmo dia no mês subsequente. Como exemplo, um mês a contar dia 15 de

fevereiro vence em 14 de março. Embora não haja previsão específica no CPM, deve-se entender, em analogia ao art. 11 do Código Penal comum, que as frações de dia nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direito serão desprezadas.

13. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Como anteriormente assinalado, do conflito de Forças brasileiras em missão no estrangeiro poderão surgir crimes de guerra. Ademais, não se descarta que em nosso próprio território se instale uma situação tal que os crimes de guerra, o genocídio etc. possam ser perpetrados.

Ante essas hipóteses, indaga-se como se daria o julgamento desses crimes, em face da competência do Tribunal Penal Internacional (*International Criminal Court*), ou simplesmente TPI.

Para encontrar resposta válida à indagação, faz-se necessário o estudo mais detalhado dessa Corte, que, para a quase totalidade da doutrina, configura-se fundamental passo em favor da dignidade da pessoa humana.

13.1. Criação

No magistério de Sylvia Steiner, "a partir da Segunda Grande Guerra, e mais especificamente com a aprovação dos estatutos do Tribunal de Nuremberg, o conceito de responsabilidade subjetiva pela prática de crimes contra a humanidade inaugurou um novo sistema de justiça penal, pelo qual os agentes do próprio Estado, ainda que agindo sob o permissivo de suas leis nacionais, poderiam ser responsabilizados pela prática de crimes cujos resultados transcenderiam as fronteiras desse mesmo Estado, vindo a atingir bens jurídicos cuja proteção interessa a toda a comunidade internacional. Por essa nova visão, crimes como os de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade

não podem mais ser vistos como atos de afronta às legislações penais internas, de exclusivo interesse de cada Estado"[215]. E prossegue afirmando que "a chamada resposta punitiva internacional teria de vir, portanto, de um sistema pelo qual fossem superadas as regras de imunidade dos agentes estatais e de aplicação de pena, dentre outras, através de mecanismos supranacionais independentes, desvinculados dos mecanismos internos de cada Estado direta ou indiretamente envolvido. A evolução da persecução penal internacional teria de vir, necessariamente, através da criação de um sistema institucionalizado e independente"[216].

Trata-se, como muito bem explana Valério Mazzuoli, respaldado em Jorge Miranda, da fase de jurisdicionalização do Direito Internacional[217], firmando-se um Tribunal Internacional, e não estrangeiro, no seio de uma justiça penal internacional e não de uma justiça universal. Trata-se de um tribunal internacional porque não é órgão de um sistema jurisdicional de um determinado país, quando seria tribunal estrangeiro, e sim fruto da vontade soberana de vários Estados que voluntariamente se submeteram à sua jurisdição. Por isso, trata-se de uma justiça penal supranacional, ou internacional, não se confundindo com a justiça universal, que consiste na possibilidade de a justiça de determinado país julgar, por sua lei, fato cometido em outro Estado nacional, em clara aplicação extraterritorial da lei penal do primeiro[218]. Essa compreensão, deve-se ter em foco, é de suma importância, porquanto transforma as decisões do TPI em sentenças, internacionais e não estrangeiras, de maneira que suas deliberações não carecem de *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça, nem suas sentenças carecem de homologação da mesma corte, não se configurando em hipótese abarcada pela alínea *i* do inciso I do art. 105 da CF, e sim em hipótese possível de enquadramento no inciso III do art. 109, também da Lei Maior, cabendo, portanto, o processamento de suas decisões dentro de território brasileiro ao Juiz Federal de primeira instância do domicílio do acusado[219].

Nesse contexto, o TPI foi criado durante a Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, levada a efeito em Roma, de 15 a 17 de julho de 1998, sendo o ato formal de criação a aprovação de seu Estatuto (*Rome Statute of the International Criminal Court*), que teve algumas abstenções, como o caso da

Índia, além de sete votos em contrário, votos esses de países de extrema relevância como os Estados Unidos e Israel, que não aderiram, enfim, ao Tratado. Configurava-se, assim, o primeiro Tribunal Penal Internacional permanente da História, primeiro passo de um processo irreversível, como bem anota Konder Comparato**[220]**.

Muito embora tenha sido criado em 1998, somente entrou em vigor em 1º de julho de 2002, após atingir o número de sessenta consentimentos de Estados soberanos.

O Brasil ratificou o Tratado**[221]** em 7 de junho de 2002, data de publicação do Decreto Legislativo n. 112, de 6 de junho de 2002, ingressando no ordenamento jurídico em 26 de setembro de 2002, por força do Decreto presidencial n. 4.388, de 25 de setembro do mesmo ano.

Como se vê, o TPI veio em resposta ao clamor da comunidade internacional por garantir duas condições inarredáveis do Direito: o respeito ao Direito Humanitário e a instalação de um tribunal permanente para julgar crimes contra a humanidade, afastando as críticas em relação aos tribunais *ad hoc*, como ocorreu nos casos da antiga Iugoslávia e de Ruanda.

A propósito dos tribunais *ad hoc*, não se confundem eles com o TPI, já que este é fruto de um acordo entre Estados Nacionais, enquanto aqueles são resultado de uma deliberação unilateral da Organização das Nações Unidas (ONU), que o faz por resolução. Nesse sentido, com a perspicácia que lhe é peculiar, Valério Mazzuoli expõe que os tribunais *ad hoc* não passaram imunes a críticas, dentre elas a de que tais tribunais (que têm caráter temporário e não permanente) foram criados por resoluções do Conselho de Segurança da ONU (sob o amparo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas Permanente, relativo às “ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão), e não por tratados internacionais multilaterais, como foi o caso do Tribunal Penal Internacional, o que poderia prejudicar (pelo menos em parte) o estabelecimento concreto de uma Justiça Penal Internacional de caráter permanente. Estabelecer tribunais internacionais *ad hoc* por meio de resoluções (ainda que com isso se resolva o problema da imparcialidade e insuspeição dos Estados partícipes daquelas guerras) significa torná-los órgãos subsidiários do Conselho de Segurança da

ONU, para cuja aprovação não se requer mais do que nove votos de seus quinze membros, incluindo os cinco permanentes (art. 27, § 3, da Carta das Nações Unidas)”**[222]**.

Ademais, consigna-se que os tribunais *ad hoc* violam “a regra basilar do direito penal, segundo a qual o juiz, assim como a lei, deve ser preconstituído ao cometimento do crime e não *ex post facto*. Foi justamente pelo fato de que tais tribunais tiveram sua criação condicionada pelo fato que imediatamente a antecederam, que alguns países, dentre eles o Brasil, ao aprovarem a instituição de tribunais *ad hoc*, expressamente manifestaram seu ponto de vista pela criação, por meio de um tratado internacional, de uma corte penal internacional permanente, independente e imparcial, competente para o processo e julgamento para os crimes perpetrados *depois* de sua entrada em vigor no plano internacional”**[223]**.

A composição do TPI, a título introdutório é bom que se saiba, é de dezoito juízes, com possibilidade de aumento por proposta fundamentada de sua Presidência (art. 36, §§ 1º e 2º, do Estatuto). Esses juízes, em geral com mandato máximo de nove anos – há regra escalonada para a primeira composição da Corte –, deverão ser escolhidos entre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que também reúnam condições para desempenhar as funções judiciais mais altas nos seus países, tomando-se por parâmetro no Brasil os requisitos para integrar o Supremo Tribunal Federal, dispostos no art. 101 da CF (“O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”).

13.2. Exercício da jurisdição e crimes de competência do TPI

Inicialmente, é necessário ter em mente que o TPI exerce jurisdição sobre os nacionais dos Estados-Partes, acusados da prática dos delitos enumerados no art. 5º do Estatuto – genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão –, seja no território de seus próprios Estados, seja em outro Estado-Parte. Além disso, um Estado que não integre o

Tratado poderá voluntariamente aceitar a jurisdição do TPI, conforme previsão do art. 12, § 3, do Estatuto.

Assim, podemos resumir com Konder Comparato que, em "qualquer hipótese, o Tribunal Penal Internacional somente poderá exercer sua jurisdição, caso o Estado em cujo território tenha sido cometido o crime, ou Estado de que seja nacional a pessoa acusada de cometê-lo, seja Parte do Estatuto, ou tenha a ele aderido"**[224]**, ressaltando o autor, com muita perspicácia, que essa restrição é significativa, já que, como Estados Unidos, China e Índia não se encontram vinculados ao TPI, mais da metade da população mundial não integra o grupo de seus jurisdicionados**[225]**. Essa realidade, ademais, é também preocupante, porquanto os países citados, assim como Israel, são reconhecidos por uma tradição bélica muito propícia à ocorrência dos crimes de competência do TPI, embora haja a possibilidade, muito excepcional, de aplicação sem restrições por provocação de instauração de Inquérito pelo Procurador para apurar crime constante do Estatuto, provocação essa a cargo do Conselho de Segurança da ONU, de acordo com o Capítulo VII das Cartas das Nações Unidas**[226]**.

Diversamente dos tribunais *ad hoc*, a Corte só tem qualidade legítima para processar e julgar fatos ocorridos após sua entrada em vigor, sendo essa competência *complementar* à dos órgãos jurisdicionais internos dos Estados-Partes (art. 17 do Estatuto). Em outras palavras, somente haverá competência do TPI "quando demonstrado que o Estado não esteja disposto, ou não esteja em condições de levar a cabo a investigação, processo e julgamento dos crimes, ou que o processo não esteja sendo conduzido de forma imparcial e tendente a realmente apurar e punir"**[227]**, significando dizer que deve preceder o exercício da jurisdição a comprovação de que o "Estado com jurisdição direta sobre o caso não a exerceu, ou que, ao exercê-la, demonstrou inequivocamente que o fez tão só para proteger o acusado, ou dar a aparência de seriedade à investigação ou ao processo criminal"**[228]**, consagrando-se, assim, a "regra do esgotamento dos procedimentos internos, como condição para que se abra a jurisdição internacional"**[229]**.

A propósito da sujeição do Brasil ao TPI, deve-se acrescer que a Emenda Constitucional n. 45/2004 constitucionalizou a matéria, afastando críticas

fulcradas na afronta à soberania nacional. Hoje, com o acréscimo do § 4º ao art. 5º da CF, por força da Emenda supracitada, "o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

Passando agora à competência do TPI, como acima já suscitado, existem quatro categorias de crimes de competência desse Órgão: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

O crime de genocídio está previsto no art. 6º do Estatuto, de forma pormenorizada, mas permitindo-se, por força do art. 9º do mesmo diploma, que a Assembleia dos Estados-Partes fixe elementos constitutivos desse crime que auxiliarão a interpretação do Tribunal, naquilo que Konder Comparato chamou de uma "técnica heterodoxa" de definição de crimes**[230]**. Deve-se notar que, com o advento do TPI e em cotejo com o Direito Penal brasileiro, existem três espécies definidas de genocídio. Primeiro aquela definida na Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956, tratando de crime comum. Em segundo momento, teremos o crime militar de genocídio, capitulado no art. 208 do CPM, com suas peculiaridades. Finalmente, caso o crime comum ou militar não seja processado e julgado adequadamente pela Justiça brasileira (comum ou militar, conforme o caso), instalar-se-á, complementarmente, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, ficando a análise típica adstrita não aos diplomas penais nacionais, mas ao art. 6º do Estatuto de Roma.

Os crimes contra a humanidade estão enumerados no art. 7º, em um total de dez modalidades, com também a possibilidade de fixação de outras modalidades pela Assembleia dos Estados-Partes, por força não só do art. 9º, mas também em face da previsão da alínea *k* do art. 7º. Curioso notar que o genocídio é também um crime contra a humanidade, mas não encerra essa categoria de delitos, vendo-se os idealizadores do Estatuto obrigados a completar as possibilidades pelo art. 7º. Esses crimes (contra a humanidade), muitos deles previstos em normas incriminadoras do Direito interno de vários Países, como o caso do homicídio e da tortura, somente serão considerados contra a humanidade quando praticados no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra

uma população civil, conhecendo-se essa condição. Assim, o extermínio em massa com o fito de eliminar uma etnia será enquadrado como genocídio, enquanto o homicídio em massa de determinada população, sem o ânimo de extermínio de etnia (religião etc.), será um caso de homicídio contra a humanidade.

No art. 8º temos os crimes de guerra, cindidos em algumas categorias básicas, como o caso de violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, e outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do Direito Internacional. Também aqui, por força do art. 9º, permite-se a definição de elementos do crime pela Assembleia dos Estados-Partes.

Não há definição expressa no Estatuto do crime de agressão, a qual ficou para momento posterior, nos termos do art. 5º, 2, do Estatuto, que assim dispõe: *O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas*.

13.3. Pontos polêmicos do Estatuto de Roma em relação ao ordenamento jurídico brasileiro

Da análise dos vários dispositivos do Estatuto de Roma, é possível a extração de alguns pontos incongruentes com o ordenamento jurídico brasileiro, isso não só em relação ao Direito positivado, mas também em um aspecto principiológico.

Quando o confronto existir em face da Constituição Federal, ter-se-á uma inconstitucionalidade intrínseca dos tratados. Ensina-nos Valério Mazzuoli que a inconstitucionalidade intrínseca dos tratados internacionais tem lugar “quando o tratado, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo direito interno, contém normas

violadoras de dispositivos constitucionais, não se confundindo com a inconstitucionalidade chamada *extrínseca* (ou *formal*), também conhecida como *ratificação imperfeita*, que ocorre quando o Presidente da República, violando norma constitucional de fundamental importância para celebrar tratados, ratifica o acordo sem o assentimento prévio do Congresso Nacional (o que não foi o caso do TPI, cuja ratificação se deu em total conformidade com as normas constitucionais de competência para celebrar tratados: arts. 49, inc. I, e 84, inc. VIII, da CF)"**[231]**.

Essa inconstitucionalidade intrínseca, na visão do caro autor, é apenas aparente, devendo ser rechaçada em uma análise mais detida.

Em primeiro plano, deve-se alertar que já houve manifestação, quando da ratificação do Tratado, pelo Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, em parecer datado de 26 de janeiro de 2001, bem como do Procurador da República, André de Carvalho Ramos, quando se firmou que no conflito entre normas internacionais e internas, em matéria de Direitos Humanos, há sempre a prevalência da norma que favoreça a dignidade da pessoa humana, entendendo-se, na ocasião, que o Tratado favorecia a toda a humanidade, portanto, prevalecente ao Direito interno**[232]**.

Atualmente, no entanto, a discussão acerca da prevalência do Estatuto de Roma ganhou elementos adicionais que merecem ser esmiuçados.

Por se tratar de uma avença de Direitos Humanos anterior ao advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, não passando, portanto, por uma ratificação específica que lhe dê *status* de norma constitucional, nos termos do § 3º do art. 5º da CF, as normas do TPI, em primeira análise, não poderiam contrariar o texto constitucional.

Ademais, em 3 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão que impulsionou uma nova visão acerca dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, embora atrelada ao caso específico da prisão civil do depositário infiel. Por maioria de seu pleno, o Pretório Excelso arquivou o Recurso Extraordinário (RE) 349703 e, por unanimidade, negou provimento ao RE 466343, que discutiam a prisão civil de alienante fiduciário

infiel, tomando como argumento a tese esposada pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brasil aderiu possuem um *status* supralegal, porém admitindo a hipótese do nível constitucional delas, quando ratificados pelo Congresso de acordo com a EC 45 (§ 3º do art. 5º da CF).

O Estatuto de Roma, note-se, foi ratificado antes da EC n. 45/2004, portanto, sem passar pela aprovação específica do art. 5º, § 3º, da CF, podendo ser empregado a ele o mesmo argumento da decisão da Corte Maior no caso acima narrado, ou seja, a defesa de que ele possui força supralegal, porém, infraconstitucional, de sorte que não poderia contrariar a Constituição Federal.

Todavia, assiste razão a Valério Mazzuoli ao postular uma diferenciação dos tratados internacionais considerados materialmente constitucionais e formalmente constitucionais. Para o dileto autor, mesmo antes da EC n. 45/2004, a Constituição Federal já recepcionava os tratados internacionais sobre Direitos Humanos com uma força substancial, material, de norma constitucional, isso por previsão do art. 5º, § 2º, ampliando o “bloco de constitucionalidade” da Lei Maior**[233]**. Nesse contexto, a novel previsão do art. 5º, § 3º, da CF, buscaria apenas trazer o *status* de formalmente constitucional para o tratado, porquanto aprovado de forma similar ao da Emenda Constitucional. Assim, o Estatuto de Roma, como ainda não formalmente constitucional, poderia sujeitar-se à denúncia própria dos tratados internacionais, sem que isso, no entanto, pudesse redundar em responsabilização do Presidente da República. Por outro bordo, como consiste em norma constitucional desde 2002, com a ratificação pelo Brasil, nos termos do art. 5º, § 2º, da CF, não pode ser interpretado como afrontador do sistema constitucional, mas parte dele, alargando o chamado “bloco de constitucionalidade” a que se referiu Mazzuoli.

Claro que se poderia aduzir que ao prever, por exemplo, a prisão perpétua, o Estatuto de Roma estaria suprimindo um direito fundamental, portanto impossível subsistir em face da regra constitucional que veda essa pena, ainda que se tenha uma visão material de constitucionalidade, uma vez que o art. 60, § 4º, da CF, vedaria essa supressão. No entanto, ao analisar o Estatuto de Roma, deve-se ter em mente princípios atrelados aos Direitos Humanos e ao

Direito Internacional, e não uma lógica jurídica interna. Nesse propósito, repita-se o que se firmou quando da ratificação do Estatuto de Roma, entendendo-se que no conflito entre normas internacionais e internas, em matéria de Direitos Humanos, há sempre a prevalência da norma que favoreça a dignidade da pessoa humana, entendendo-se, na ocasião, que o Tratado favorecia a toda a humanidade. Assim, aceitar o Estatuto de Roma não significa supressão de direito fundamental de uma pessoa, mas sim um acréscimo protecionista da dignidade da pessoa humana, que favorece não só o indivíduo, mas a toda a Humanidade.

Vejamos, então, algumas das aparentes antinomias do Estatuto de Roma com a Constituição Federal, buscando, pontualmente, dispor as visões acerca do assunto.

13.3.1. Porosidade dos tipos penais em face da técnica heterodoxa (art. 9º)

Os tipos penais constantes do Estatuto de Roma, em razão da previsão do art. 9º do mesmo diploma, possuem a chamada "técnica heterodoxa" de definição de crimes, permitindo que os elementos constitutivos dos crimes que auxiliarão o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos que trazem os tipos penais, sejam adotados por uma maioria de dois terços dos membros da Assembleia dos Estados-Partes.

Em primeira análise, tal possibilidade fere o princípio da legalidade em sua acepção de exigência de uma lei estrita, fugindo à taxatividade necessária na descrição dos tipos penais.

Todavia, se tais elementos forem previamente constituídos, evitando-se a insegurança na descrição típica e garantindo-se sua anterioridade ao fato subsumido, entendemos como perfeitamente possível o artifício em análise, não havendo lesão ao princípio da legalidade.

1

Sob a rubrica *ne bis in idem*, o art. 20 do Estatuto de Roma estabelece que, salvo disposição contrária do próprio Estatuto, "nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha

condenado ou absolvido", e que nenhuma "pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal", firmando-se, assim, o princípio de não lesão à coisa julgada pelo Tribunal Penal Internacional.

No que se refere ao julgamento precedente por outra corte, no entanto, o mesmo artigo dispõe que o TPI não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos arts. 6o, 7o ou 8o, a menos que o processo nesse outro tribunal tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, ou não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo Direito Internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, revele-se incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Questiona-se, portanto, se há lesão ao previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que veda expressamente a lesão da lei à coisa julgada.

Em primeiro plano, defende-se a prevalência do Estatuto de Roma em nome do prestígio à norma favorecedora da dignidade da pessoa humana, conforme já exposto.

Contudo, há outro forte argumento para a prevalência do Estatuto, muito bem sintetizado por Konder Comparato. Segundo esse autor, as "exceções ao princípio da coisa julgada, estabelecidas no art. 20 do Estatuto, justificam-se plenamente, pois elas dizem respeito a situações em que a coisa julgada no Brasil estaria viciada pelo fato de o processo-crime ter sido realizado no intuito de fraudar a aplicação do Estatuto em relação ao réu"**[234]**.

Com efeito, se a jurisdição do TPI surge justamente de forma complementar – e não subsidiária –, seria incongruente sustentar que sua atuação estaria limitada à existência de um julgamento na ordem interna, ainda que significasse ele uma burla, um simples julgamento de fachada para que se afastasse a competência da Justiça Penal Internacional. Deve-se sempre ter em mente que os crimes de competência do TPI, não raramente assim demonstra a

história, são praticados por pessoas com ascendência político-administrativa em seus Estados nacionais, sobre as quais seria muito difícil, na órbita interna dos Estados, lançar um julgamento escorreito. Com o TPI, que, como já vimos ao tratar da aplicação da lei penal em relação às pessoas, não reconhece as imunidades, há a possibilidade de julgamento dessa pessoa, mesmo que já tenha sido julgada em seu país de origem. Negar essa realidade, em certa medida, seria negar o próprio "espírito" do TPI.

13.3.3. Imprescritibilidade dos delitos abrangidos pela competência do TPI

O art. 29 do Estatuto de Roma dispõe que os "crimes da competência do Tribunal não prescrevem", importando, mais uma vez, em antinomia ao disposto nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal. Segundo esses dispositivos, no ordenamento brasileiro, apenas o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático são crimes imprescritíveis, configurando-se todas as demais infrações penais, inclusive os crimes hediondos, em fatos que podem ser alcançados pela prescrição.

Iniciemos com a visão de Konder Comparato acerca do assunto. Para ele, "deve-se lembrar que a própria Constituição abre exceções à regra geral da prescrição penal, em relação aos crimes de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLII e XLIV). Não faria sentido sustentar que tais crimes seriam menos graves que os definidos no Estatuto, de modo a se recusar, em relação a eles, a regra da imprescritibilidade"[235].

Pede-se vênia para discordar dessa construção. A imprescritibilidade dos crimes de competência do TPI deve ser aceita não por uma questão interna do ordenamento constitucional, entendendo-se que a Constituição não proíbe a imprescritibilidade de outros crimes, mas em razão de esse mandamento ser direcionado à ordem jurídica interna, e não à externa.

A imprescritibilidade de apenas dois crimes na Constituição Federal, de fato, não faz sentido, pois deixa outros delitos, muito mais graves, fora dessa regra, como no caso dos crimes hediondos ou equiparados – como exemplo,

note-se que, no contexto constitucional, é pior praticar racismo do que matar alguém por motivo fútil em razão de sua cor, e nem por isso se defende veementemente a imprescritibilidade desse e de outros crimes hediondos. No entanto, trata-se de uma opção do legislador constituinte originário, que não dotou outros crimes da imprescritibilidade, e como tal, na ordem interna, deve ser respeitada.

Todavia, esse mandamento constitucional – "todos os crimes prescrevem, exceto o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem democrática e o Estado de Direito" – é direcionado ao legislador brasileiro, não alcançando diplomas afetos à Justiça Penal Internacional, como o é o Estatuto de Roma.

Mais uma vez, por fim, deve-se lembrar aqui que não se suprime um direito fundamental de prescritibilidade dos demais delitos, e sim garante-se um direito à humanidade de ver seus algozes responsabilizados, independentemente do tempo decorrido entre o fato e a efetivação do julgamento.

13.3.4. Entrega de nacionais em contraposição à vedação de extradição de brasileiros natos

Nos termos do n. 6 do art. 58 do Estatuto, expedido o mandado de detenção "o Tribunal poderá solicitar a prisão preventiva ou a detenção e entrega da pessoa em conformidade com o disposto na Parte IX" do Estatuto, firmando-se, assim, a entrega de pessoa para ser submetida ao processo do TPI.

O problema surgirá se essa pessoa tratar-se de um brasileiro nato, uma vez que o inciso LI do art. 5º da CF dispõe que "nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei".

Em resumo, veda-se, de forma absoluta, a extradição de brasileiro nato, de modo que se questiona a constitucionalidade da entrega do brasileiro nato para ser submetido a processo no TPI.

Esse dispositivo, na nossa compreensão, é constitucional, partindo-se da

distinção entre a extradição e a entrega de nacionais, trazida pelo próprio Estatuto, no art. 102. Segundo o dispositivo citado, a "entrega" compreende a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do Estatuto, enquanto por "extradição" entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no Direito interno.

13.3.5. Cominação de pena de prisão perpétua

Segundo o art. 77 do Estatuto, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no art. 5º a pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.

Surge, portanto, mais uma aparente antinomia entre o Estatuto e a alínea *b* do inciso XLVII do art. 5º da CF, que veda a aplicação de pena de caráter perpétuo.

Para Konder Comparato, a norma constitucional deverá ser interpretada nos seus justos termos, ou seja, aplicando-se apenas no ordenamento jurídico pátrio**[236]**.

Na mesma linha, Sylvia Steiner sustenta que "cogitar-se da hipótese de que a vedação constitucional dirige-se apenas ao legislador interno, não impedindo assim a submissão do país e de seus nacionais às previsões de uma Corte supranacional, não é de ser afastado de plano. As normas de Direito Penal da Constituição regulam o sistema punitivo interno. Dão a exata medida do que o constituinte vê como justa retribuição. Não se projeta, assim, para outros sistemas penais aos quais o país se vincule por força de compromissos internacionais. Nesse sentido vem se posicionando a Suprema Corte, deferindo a extradição de pessoas para Estados requerentes onde está prevista a pena de prisão perpétua. Ademais, nossa Constituição prevê pena de morte para crimes militares cometidos em tempo de guerra. Essa disposição deixa entrever que, para crimes de maior gravidade, pode-se aplicar pena muito mais grave que a prevista no Estatuto do TPI, que contém inclusive figuras penais semelhantes às previstas em nosso Código Penal Militar, e para as quais pode-se aplicar a pena

capital”[237].

Também essa é a abalizada visão de Valério Mazzuoli, com a qual concordamos. Lembra o autor que a Constituição Federal permite até mesmo a pena de morte em caso de guerra declarada, vedando em absoluto a pena de prisão perpétua, em mais uma incongruência no bojo da Lei Maior e, para afastar a vedação da prisão perpétua nos julgamentos do TPI consigna que o “Supremo Tribunal Federal não tem tido nenhum problema em autorizar a extradições para países onde existe a pena de prisão perpétua em relação aos crimes imputados aos extraditados, mesmo quando o réu corre o risco efetivo de ser preso por esta modalidade de pena. Como destaca Cachapuz de Medeiros, entende ‘o pretório excelso que a esfera de nossa lei penal é interna. Se somos benevolentes com ‘nossos delinquentes’, isso só diz bem com os sentimentos dos brasileiros. Não podemos impor o mesmo tipo de ‘benevolência’ aos Países estrangeiros’”[238]; claro também, completamos, não se pode exigir a mesma “benevolência” mencionada por Cachapuz de Medeiros, pela aguçada pena de Mazzuoli, de um órgão supranacional como o é o TPI. O mesmo autor lembra que até nos casos de cominação à pena de morte no país estrangeiro, o STF, mudando sua anterior visão que exigia a comutação em pena de prisão perpétua para extraditar, passou a admitir a extradição sem essa exigência, o que se notou a partir do Processo de Extradição n. 426, julgado em 4 de setembro de 1985 (caso Russel Weisse)[239].

Conclui-se, portanto, que a vedação constitucional à pena de prisão perpétua restringe-se a comando de ordem interna, a vincular o legislador brasileiro, não alcançando legisladores estrangeiros, nem “legisladores internacionais que, a exemplo da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, trabalham rumo à construção do sistema jurídico internacional”[240].

13.4. Crime militar e a competência do TPI

Pelo que foi sucintamente aduzido, pode-se notar que, em face de uma conduta supostamente capitulada como crime militar e, ao mesmo tempo, passível de enquadramento nas espécies do art. 5º do Estatuto, pormenorizado

pelos arts. 6º, 7º e 8º do mesmo diploma, a competência inicialmente será do órgão jurisdicional interno. Somente se o Brasil, como Estado-Parte, não estiver disposto a levar a bom termo a investigação, processo e julgamento dos crimes, ou não estiver em condições de fazê-lo, ou se o processo não estiver sendo conduzido de forma imparcial e tendente a realmente apurar e punir, instalar-se-á a competência do TPI.

Necessário que seja dito que a ideia aqui lançada tem cunho teórico, não havendo singular caso de crime militar, também de competência do TPI, julgado por aquele Órgão, mesmo porque, em face do que se nota na atuação das Justiças Militares, não haverá razão para que a jurisdição complementar tome corpo.

CAPÍTULO II

DO FATO PUNÍVEL

1. DOGMÁTICA PENAL

O detido estudo do Direito Penal e, por conseguinte, do Direito Penal Militar requer em primeiro plano o conhecimento da lei castrense, com todas as suas nuanças. Ocorre, entretanto, que, como regra, os dispositivos legais condensam palavras que exigem esforço interpretativo e, mais ainda, verdadeiras construções doutrinárias a fim de que o Direito Penal atinja seu fim precípuo.

Dos estudos incansáveis, manifestam-se problemas a ser contemporizados, solucionados, surgindo, pois, a dogmática penal, que deve, em suma, buscar a melhor solução para os problemas da ciência penal.

Com a maestria que lhe é peculiar, Juarez Cirino dos Santos registra, ademais, a interação entre dogmática penal e política criminal ao afirmar que "dogmática penal é a sistematização de conceitos extraídos de um programa de política criminal formalizado em lei, e todo programa legislado de política criminal depende de uma dogmática específica para racionalizar e disciplinar sua aplicação"[241].

2. MODELOS PENAIS

Passaremos agora a mergulhar na teoria do delito, fundamental para a compreensão adequada do Direito Penal como um todo.

Iniciaremos esclarecendo que não é tecnicamente adequada a utilização da expressão "sistemas penais" para designar as vertentes dogmáticas que estudaram os elementos ontológicos do delito, razão pela qual entendemos tratar-se de "modelos penais"[242], traduzindo essa expressão as fases[243] do estudo amiúde do fato criminoso, desenvolvendo seu conceito analítico.

O motivo para afastar o emprego da palavra "sistema" está no entendimento de que o seu significado é muito mais abrangente que o simples estudo da teoria geral do crime, conclusão que se evidencia muito bem nas palavras de Pierangeli e Zaffaroni, que, com muita proficiência, chamam de sistema penal o "controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento à atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação"[244]. De toda forma, a palavra "sistema" como sinônimo de um modelo penal tem sido empregada com frequência, de sorte que não nos deteremos na diferenciação exata dos termos, permitindo-nos usá-los indistintamente, v. g., "modelo finalista" ou "sistema finalista".

Desse modo, iremos analisar neste capítulo a visão de delito dos principais modelos penais, o que requer conceituação preliminar, seguindo a linha didática dominante na doutrina pátria, de crime sob o enfoque formal e material.

2.1. Conceitos de crime

Deve-se ter em mente, como premissa fundamental, que a legislação penal, em seu todo, não conceitua crime, tarefa que fica a cargo da doutrina penal.

Três visões, pois, orientam a definição de crime: a formal, a material e a analítica.

2.1.1. Formal

Surge do confronto puro e simples da conduta real e da norma incriminadora, bastando dizer que crime é toda e qualquer violação, registrada pela lei penal, a que se impõe pena.

Obviamente, a conceituação apresentada ignora o sistema vigente no Brasil, em que as infrações penais podem ser de duas ordens: contravenção penal e crime. Tal constatação, entretanto, perde sua relevância em matéria penal militar, uma vez que a lei castrense consagrou apenas a figura do crime, não havendo contravenções penais militares, ainda que respeitáveis vozes, das quais fatalmente discordamos, insistam em enxergar as transgressões disciplinares como contravenções.

O saudoso Mirabete registra alguns conceitos formais: "Crime é o fato humano contrário à lei" (Carmignani); "Crime é qualquer ação legalmente punível" (Maggiore); "Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena" (Fragoso) etc.**[245]**.

2.1.2. Material

Há também conceitos que focam apenas o aspecto externo do delito, seja por seu efeito danoso em relação a bens essenciais ao convívio social, seja por sua contrariedade ao conjunto ético-moral, seja em razão do momento psíquico do autor do fato. Surge, pois, o conceito de crime sob a visão material ou substancial.

Os vários exemplos de conceito substancial de crime apresentam predileção para enfocar o bem jurídico-penal; nesse sentido, apontamos algumas definições**[246]**: "Crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal" (Magalhães Noronha); "Crime é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena, ou que se considere afastável somente através da sanção penal" (Fragoso); "Crime é qualquer fato do homem, lesivo de um interesse, que possa comprometer as condições de existência, de conservação e de existência da sociedade" (Bettiol) etc.

2.1.3. Analítico

Como muito bem adverte Bitencourt, “os conceitos formal e material são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime”**[247]**, o que exige um estudo essencial do delito, a ponto de fomentar, ainda que didaticamente, sua decomposição em elementos.

Nasce o conceito analítico de crime, que encontra seu início, embora possua antecedentes em Deciano (1551) e Bohemero (1732), com Carmignani, em 1833, para quem a ação delituosa era, em sua essência, a composição de uma força física e outra moral**[248]**.

Essa primeira construção conduz a um modelo bipartido, composto de elementos objetivos e subjetivos, sendo posteriormente complementado por Beling, em 1906, ao introduzir o elemento da tipicidade**[249]**.

Como veremos ao final deste estudo, em estágio atual a doutrina penal se divide. Para alguns, o crime, sob o enfoque analítico – deve-se sempre ter presente que o crime é um fenômeno único, indecomponível faticamente, servindo a separação em elementos para facilitar seu conhecimento estrutural e, assim, solucionar o maior número possível de problemas apresentados aos operadores do Direito –, traduz-se por ação típica, antijurídica e culpável (a chamada *teoria tripartida*), em oposição àqueles que excluem a culpabilidade dessa estrutura, ou seja, crime, analiticamente, é fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade mero pressuposto de aplicação da sanção (*teoria bipartida*).

Alguns entendem o finalismo, inaugurado por Hans Welzel, como sinônimo de estrutura analítica bipartida de crime, o que não se mostra verdadeiro, como veremos abaixo, porquanto existem finalistas que abarcam a teoria bipartida, assim como há finalistas adeptos da estrutura tripartida**[250]**.

Cumpre citar, por derradeiro, que a estrutura acima apresentada, apesar de ser dominante, não está hermeticamente fechada à interferência de outras abordagens. Como exemplos notáveis e muito interessantes, citemos o mestre Cezar Roberto Bitencourt, que, apesar de estruturar sua obra em uma

teoria tripartida, chega a citar uma *concepção quadripartida*, concebendo o delito como *ação típica*, *antijurídica* e *culpável*[251], ao lado do não menos brilhante Juarez Cirino dos Santos, que nesse ponto merece menção específica.

Com efeito, Juarez Cirino vê o choque entre estrutura bipartida e tripartida, porém aponta como ponto de divergência não a culpabilidade, mas a decomposição ou não do injusto típico.

Em outras letras, para o ilustre doutrinador a "dogmática penal contemporânea coincide na admissão de duas categorias elementares do fato punível: tipo de injusto e culpabilidade. Essas categorias elementares concentram todos os elementos da definição analítica de fato punível, mas a operacionalização da definição analítica requer o desdobramento daquelas categorias gerais nas categorias mais simples que as constituem: a) o conceito de tipo de injusto é constituído pelos conceitos de ação, de tipicidade e de antijuridicidade; b) o conceito de culpabilidade é constituído pelos conceitos de capacidade penal, de conhecimento da antijuridicidade (real ou potencial) e de exigibilidade de comportamento diverso (ou normalidade das circunstâncias de ação)"[252]. Adiante, contempla-nos com uma abordagem diferenciada acerca de um *sistema bipartido*, em que o tipo de injusto não poderia ser decomposto, apresentando uma unicidade conceitual entre ação típica e antijuridicidade, ao lado de um sistema tripartido que, no âmbito do tipo de injusto, admite a autonomia do conceito de tipicidade em relação à antijuridicidade. Registre-se, portanto, que para o autor a culpabilidade, inquestionavelmente, integra o conceito analítico de crime.

2.1.3.1. Causalismo clássico

Embora a designação "causalismo" guarde íntima relação com a concepção de conduta para o Direito Penal, o causalismo deve ser compreendido em sua totalidade, inclusive com sua compreensão acerca da culpabilidade. Desse prisma, é possível afirmar que o causalismo possui dois modelos diversos: um **modelo clássico** e um **modelo neoclássico**.

O **modelo clássico de delito**, conhecido como "modelo Liszt – Beling – Radbruch", foi desenvolvido a partir do final do século XIX, tendo sua origem na

filosofia naturalista que inebriou aquele século, com vertente muito mais epistemológica[253], valorizando extremamente o experimentalismo, ou seja, o modo, o método de absorção do conhecimento.

Malgrado sua influência naturalista, a preocupação central era encontrar um conceito estrutural do delito, buscando a essência de seus elementos constitutivos, ou seja, **ação**, **tipicidade**, **antijuridicidade** e **culpabilidade**, o que lhe confere um caráter ôntico em seu propósito principal, embora arrimado em conhecimentos de outras ciências obtidos com preocupação epistemológica[254].

Iniciando a compreensão dos principais pontos, para o **causalismo clássico** a **ação** era compreendida de modo completamente naturalístico (naturalismo extremo), firmando-se uma **teoria causal-natural**, em que a ação era definida por Liszt "como 'uma modificação material, por insignificante que seja, do mundo exterior, perceptível pelos sentidos', e concebia, por exemplo, a injúria como uma produção de vibrações do ar e excitações nervosas"[255], sendo clara a tentativa de maior "objetivação" de definições, qual se fazia nas ciências naturais, em uma busca metafísica pela assepsia no conhecimento. Note-se que o elemento psíquico ganho com a teoria finalista da ação era indiferente, ou seja, não se avaliava na ação o elemento subjetivo. Configurava-se a *teoria causal* ou *naturalista* da ação.

O conceito sobreposto está impregnado pelas ciências naturais, dominantes nas ideias positivistas do fim do século XIX e, como se percebe nitidamente, descarta o conteúdo psicológico finalístico da ação. Também não se preocupou com o isolamento do conceito de omissão, somente mais tarde repensado pelo próprio Lizst.

A *tipicidade* consistia na perfeita subsunção da conduta ao tipo legal abstrato, sendo puramente descritiva, ou seja, não havendo, em regra, o preenchimento por outros elementos de ordem normativa e subjetiva.

A *antijuridicidade* era elemento valorativo neutro e formal, correspondendo à simples contrariedade do fato ao Direito.

A *culpabilidade* foi outro forte signo do modelo clássico, caracterizada

pelo vínculo psicológico entre o autor e o fato punível, por meio do dolo ou da culpa, tendo a imputabilidade como necessário pressuposto para a capacidade de culpabilidade.

Firmava-se a teoria psicológica da culpabilidade, primeira teoria a explicar esse elemento do crime, a qual assentava que o fato punível encontrava seus elementos objetivos na antijuridicidade típica, enquanto os elementos subjetivos eram condensados na culpabilidade.

Em outras palavras, para a teoria psicológica, a culpabilidade "é o liame, o vínculo ou o nexo psicológico que liga o agente ou pelo dolo ou pela culpa ao seu fato típico e antijurídico. Ela é vista num plano puramente naturalístico ou psicológico, desprovido de qualquer valoração e esgota-se na simples constatação da posição do agente perante sua própria conduta"**[256]**.

Dessa forma, no modelo apresentado, a culpabilidade comportava duas avaliações: a da imputabilidade (capacidade de culpabilidade) e a da relação psicológica propriamente dita.

Obviamente, para se reconhecer o liame psicológico do autor ao seu injusto típico, exigia-se a capacidade de culpabilidade, como capacidade geral e abstrata de compreender o valor do fato, o que levava à exclusão ou à redução de culpabilidade dos casos de imperfeição (imaturidade) ou defecção (doença mental)**[257]**. Na exclusão, em verdade, a inimputabilidade significava, para alguns, a falta de pressuposto para a culpabilidade, enquanto, para outros, uma causa de isenção de pena**[258]**. Seja como for, era ela fundamental ao reconhecimento da culpabilidade.

Já a relação psicológica traduzia-se pela constatação da consciência e da vontade de realizar o fato típico. Daí a grande crítica em relação ao conceito psicológico, por não satisfazer a explicação da culpabilidade nos delitos culposos, especialmente na culpa inconsciente, que não comporta relação psicológica entre a conduta e o resultado, estando a relação psicológica entre ambos não na cabeça de quem será responsabilizado por esse liame psicológico, mas na cabeça do juiz, que estabelece que o agente tinha condições de prever o resultado não previsto. Por essa razão, houve aqueles que postularam que as condutas culposas (na culpa inconsciente) não poderiam configurar delitos**[259]**.

Todavia, firmou-se como consenso, na teoria psicológica, a concepção de que dolo e culpa eram espécies de culpabilidade ou, como afirma Luiz Flávio Gomes, eram “a” culpabilidade[260]. Portanto, ao estudar a culpabilidade pela teoria em relevo, há o necessário curso investigativo do dolo e da culpa e, como reflexo, a conduta típica era “esvaziada” de elementos psicológicos, ou seja, a ação, para o causalismo clássico, prescindia da investigação de dolo ou de culpa, dificultando extremamente a definição típica no início da análise do fato punível.

Do exposto, antecipando o que esmiuçaremos adiante, o modelo clássico difere do finalismo, de forma notável, no que tange à ação e à culpabilidade.

Apesar das atuais críticas, não se pode negar, como lembra André Estefam[261], que as teorias constitutivas do causalismo conquistaram grandes avanços, como a tentativa de afastar por completo a responsabilidade penal objetiva, ao considerar dolo e culpa, ainda que alocados na culpabilidade, elementos essenciais do crime, sem os quais ele não existiria. Exatamente pela imprescindibilidade do dolo e da culpa para a existência do delito, posicionados na culpabilidade, *o modelo causalista é essencialmente tripartido*, sendo a culpabilidade inafastável do conceito analítico de crime.

2.1.3.2. Causalismo neoclássico

O modelo clássico, malgrado sua inegável importância histórica, ao tentar, como dito, afastar por completo a responsabilidade penal objetiva, foi insuficiente para responder a uma série de questionamentos idealizados, buscando solução por meio de uma releitura dos elementos constitutivos do crime (portanto, também ontológico, embora partisse de conceitos oriundos do positivismo), capitaneada por Reinhard Frank, iniciando-se, assim, um novo modelo causal, o neoclássico.

Embora ainda causal, o modelo neoclássico abandona um naturalismo extremo, que impregnava o primeiro conceito de ação de Liszt, acrescendo um significado valorativo com a agregação da voluntariedade, chegando a uma teoria causal-valorativa de ação. O próprio Liszt[262] reformulou sua visão ao definir ação como “a causação do resultado por um ato de vontade. Este se

apresenta como movimento corpóreo voluntário, isto é, com tensão (contração) dos músculos, determinada não por coação mecânica ou psicofísica, mas por ideias ou representações, e efetuada por inervação dos nervos motores. O movimento corpóreo e o resultado constituem, pois, os dois elementos igualmente importantes da ideia de ação como comissão"**[263]**. Pode-se então sintetizar que, agora, a ação passava a ser definida como um comportamento humano voluntário**[264]**.

No contexto apresentado para o causalismo clássico, obviamente, a omissão será nitidamente desconsiderada, ou ao menos relegada a um plano inferior, do enfoque conceitual. Assim, pode-se afirmar com Fábio André Guaragni que, inicialmente, "a conduta como *movimento corpóreo* causador de *modificação no mundo exterior* não é conceitualmente adequada ao comportamento omissivo, pois omitir, já diante de uma concepção meramente linguística (*a latere* do direito), *é deixar de movimentar-se* numa direção, é um *non facere* relativo a algo"**[265]**. Essa incongruência foi notada pelos próprios causalistas inaugurais**[266]** , levando a uma evolução de postulados, de modo a conceituar também a omissão. Nesse sentido, o próprio Liszt postula que a omissão é "o não empreendimento de uma ação determinada e *esperada*. Omitir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer alguma coisa, e, na verdade, o que era esperado"**[267]**.

A tipicidade passa a admitir elementos normativos e subjetivos, deixando sua natureza eminentemente descritiva.

A antijuridicidade ganha conotação material, sendo compreendida como danosidade social, evolução de suma importância para a concepção da existência de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade.

No plano da culpabilidade, até então puramente psicológica, assume também um significado valorativo (normativo), caracterizado pela reprovabilidade da ação do autor pela formação contrária ao dever**[268]**, originando-se a da teoria normativa (ou psicológico-normativa ou, ainda, teoria complexa) da culpabilidade, idealizada, em 1907, por Reinhard Frank, para quem a constatação da culpabilidade também deveria conter um juízo de valor, concebendo-a como reprovabilidade**[269]**, com forte influência, portanto, do

estudo dos valores inerentes às normas jurídicas (teoria axiológica do Direito).

Por essa nova concepção, "deixa a culpabilidade de ser considerada como aspecto subjetivo do crime (psicológica), que liga o agente ao seu fato, para transformar-se em juízo de reprovação, de censura, que se faz ao agente em razão de sua atuação contrária ao direito ou, mais precisamente, em razão de sua 'formação da vontade contrária ao dever'"[270]. Mantém ainda a culpabilidade, os elementos psicológicos, não se caracterizando como um conceito puramente normativo, mas um conceito misto, grafado por elementos psíquicos e normativos. O dolo e a culpa, ainda que permaneçam na culpabilidade, passam a ser formas, graus, requisitos ou elementos da culpabilidade, não mais os únicos elementos da culpabilidade ("as" espécies de culpabilidade).

Importante consignar que, para os expoentes dessa visão, o elemento comum era a complexidade da culpabilidade (elementos psicológicos e elementos normativos), havendo, no entanto, divergências quanto ao funcionamento desses elementos. Assim, para "Frank, podia haver dolo sem culpabilidade, enquanto para Goldchmidt, o dolo, como dado psicológico, era um pressuposto da culpabilidade, e Mezger afirmava que o dolo requeria a consciência da antijuridicidade, isto é, que o dolo sempre era culpável"[271].

Outro ponto fundamental reside em continuar a considerar a imputabilidade como elemento importante na aferição da culpabilidade, permanecendo ela, assim como na teoria psicológica, como causa de eliminação de pressuposto para o reconhecimento da culpabilidade ou como causa de isenção de pena.

Em síntese, a culpabilidade, até então puramente psicológica, passa a congregar outros requisitos, podendo ser resumida em três elementos: 1) imputabilidade; 2) dolo e culpa; 3) exigibilidade de conduta conforme ao Direito.

Cabe registrar, ainda, uma fundamental alteração sistêmica no que concerne à relação entre dolo e consciência da ilicitude. Por influência da teoria teleológica do Direito, que levou à culpabilidade normativa, em um sentido axiológico, passou-se "a aceitar a consciência da ilicitude como requisito da culpabilidade, mais precisamente como dado que se agrega ao dolo e assim

acolhe-se o denominado *dolus malus* (dolo normativo ou dolo jurídico), isto é, dolo mais consciência da ilicitude"**[272]**.

2.1.3.3. Finalismo

Na primeira metade do século XX, especificamente na década de 30, Hans Welzel iniciou uma verdadeira redefinição dogmática do delito, ainda com o escopo de encontrar sua estrutura essencial (vertente ontológica), com sua teoria finalista da ação.

Essa teoria, que como o próprio Welzel advertiu nada criou, mas apenas posicionou corretamente elementos já existentes**[273]**, é fruto da influência de uma emergente psicologia alemã, que rompeu, entre 1920 e 1930, com a reinante psicologia mecanicista que exaltava a forma causal-mecânica de realização dos atos anímicos. Dentre suas orientações recentes, Welzel indicou ter sido influenciado pela Psicologia do Pensamento de Richard Hönigswald, bem como de Karl Buhler, Theodor Erismann, Erich Jansch, P. F. Linke etc.**[274]**.

Muito embora tenha o mesmo propósito que os modelos anteriores, o finalismo partiu de uma compreensão do direito em que se reconheciam estruturas lógico-objetivas a limitar os conceitos explorados pela norma, chegando, assim, a uma estruturação do delito.

A teoria das estruturas lógico-objetivas pode ser compreendida como uma vertente que buscou a limitação do legislador com base na natureza das coisas, ou seja, o objeto a ser desvalorado pelo Direito Penal não é criado pela desvaloração, mas existe antes de um desvalor jurídico, como no caso da conduta, princípio da avaliação do fato punível. Ademais, a desvaloração deve respeitar a estrutura do ente desvalorado, sob pena de recair sobre outro objeto ou nada atingir**[275]**.

Com base nessas premissas, pode-se sintetizar que as estruturas lógico-objetivas "(*sachlogische Strukturen*) são estruturas da matéria de regulação jurídica destacadas pela lógica concreta (*Sachlogik*), que se orienta diretamente na realidade, objeto do conhecimento"**[276]**, ou, em outros termos mais próximos ao Direito Penal, "são estruturas que vinculam o legislador ao ser do que ele desvalora, que está relacionado com ele, mas que não pode ser

alterado”[277].

Logicamente que, partindo de uma concepção como a exposta, de cunho ontológico muito evidente, os elementos genéricos do crime devem seguir essa conformação, concluindo que toda norma penal incriminadora que parta de uma ação meramente causal – e a ação como conceito central do fato punível é o princípio metodológico do modelo finalista – não poderia ser considerada uma norma adequada. Consequentemente, um sistema que privilegiasse essa configuração, como o foi o causalismo (clássico ou neoclássico), também não estaria em sintonia com a melhor compreensão do delito, afinal, as “normas do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais”[278], como se fosse possível, v. g., ao Direito proibir os organismos humanos de possibilitar a obstrução de artérias, levando ao enfarto.

Nesse contexto, a ação humana, primeiro elemento da investigação do delito, não pode ser compreendida sem uma estrutura final, devendo ser definida como exercício de uma atividade final, um acontecimento final, e não puramente causal. A finalidade é o caráter final da ação e é baseada no fato de que “o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – ‘vidente’, e a causalidade, ‘cega’”[279].

Como se percebe muito bem, há uma sagaz crítica à estrutura delineada para a ação nos modelos causais, exaltando-se a ideia de direcionamento final, condicionada pela vontade, que decorre, por sua vez, de um prévio conhecimento dos cursos causais, levando à opção pelo atingimento de um resultado e, com base nessa opção, à seleção dos meios para tal mister. Dessa forma, poder-se-ia fracionar a conduta final em fases: na órbita do pensamento, haveria a representação antecipada do fim desejado, com a consequente seleção do caminho para obter esse fim e considerando seus efeitos

decorrentes dessa seleção; na segunda, levada a efeito fisicamente, no mundo real, o autor colocaria em prática a ação, seguindo o plano traçado na primeira fase.

Com essa visão, pode-se verificar claramente que o fato de antecipar o fim e persegui-lo, bem como de considerar os efeitos colaterais ao fim pretendido decorrentes do meio selecionado fundamentam as espécies de dolo que hoje se discutem; não só o dolo direto e eventual, mas também o dolo direto de segundo grau.

É preciso exaltar, para que não se confunda o conceito de ação com aquele postulado pelo causalismo neoclássico (teoria causal-valorativa), que a finalidade não se confunde com a voluntariedade. Esta "significa que um movimento corporal e suas consequências podem ser conduzidos a algum ato voluntário, sendo indiferente quais consequências queria produzir o autor"**[280]**. Naquela, há a perseguição de um fim desejado, um resultado querido que condiciona a ação que o precede. O exemplo dado por Welzel é bem esclarecedor: "A enfermeira que, sem suspeitar de nada, aplica uma injeção de morfina demasiadamente forte, de consequências mortais, realiza, sem dúvida, uma ação final de injetar, mas não uma ação final de matar"**[281]**. A morte nesse caso foi produzida por um processo causal cego, sem que houvesse a finalidade exigida nos termos welzenianos.

A ação final, portanto, presume uma ação voluntária, mas exige uma qualidade a mais, a saber, o conhecimento da situação fática e o desejo de alcançar determinado resultado típico, ainda que não haja, pelo agente, exata compreensão da ilicitude, ou seja, não existem "ações finais em si, ou 'em absoluto', mas apenas em relação às consequências compreendidas pela vontade de realização".

Obviamente, essa nova concepção de ação importava em uma visão também inovadora da estrutura do próprio tipo penal que, agora, alojando o dolo ou a culpa no conceito de conduta, sedimentava-se em uma visão complexa, sendo possível afirmar a existência de uma tipicidade objetiva e outra subjetiva, destacando-se das visões até então postuladas e compondo uma nova fase de compreensão da tipicidade**[282]**. Agora, além da possibilidade de os elementos

objetivados no tipo penal poderem ter caráter subjetivo ou normativo – além de meramente descritivo –, o tipo penal para indicar sua qualidade ao fato – tipicidade – deveria ser preenchido objetiva e subjetivamente.

A propósito do dolo – não mais alocado na culpabilidade e sim na conduta, frise-se –, deve ele ser reconhecido como um conceito jurídico-penal, como dolo de tipo, consistindo unicamente na vontade de realizar o tipo objetivo de determinado delito**[283]**. Assim, o dolo deve ter dois elementos: um cognitivo (ou intelectual) e outro volitivo.

Para que haja a intenção de realizar o tipo, deve-se, primeiro, conhecer os elementos fáticos que compõem a descrição típica, para somente então desejar realizar o tipo. O defeito na cognição dos elementos fáticos que compõem o tipo penal significa errar em elementos que constituem o tipo objetivo, ou seja, erro de tipo, com suas consequências trazidas pela lei penal.

Note-se que, no elemento cognitivo, não se exige a consciência da ilicitude, como se exigia no causalismo neoclássico, construindo-se, dessarte, uma visão puramente psicológica do dolo, ou seja, basta existir a compreensão fática de circunstâncias que são elementares do tipo penal – dolo natural, desprovido de uma valoração da ilicitude.

No que diz respeito à conduta omissiva, em um primeiro momento, identificou-se o conceito welzeniano com a ação**[284]**, mas, em face das ácidas críticas, esse conceito sofreu alterações em sua concepção, de modo a abarcar também o conceito de omissão. Pode-se afirmar, em síntese, que a omissão finalista, vista da concepção ontológica, consiste em uma abstenção de ação determinada, desde que seja possível ao sujeito atuar concretamente para evitar o resultado, exigindo-se, para essa aferição, o conhecimento do agente da direção final da ação correlata à omissão, estando ele em condições de reconhecer e de poder selecionar os meios aptos para levar a efeito o objetivo (capacidade de planejamento).

Quanto à culpabilidade, ela é esvaziada de elementos psíquicos, tornando-se unicamente normativa, firmando-se a teoria normativa pura da culpabilidade.

Para essa teoria, os elementos essenciais à existência de culpabilidade são a capacidade de culpabilidade (imputabilidade), o conhecimento, ao menos potencial, da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, elementos que serão esmiuçados mais adiante.

Pode-se resumir o finalismo, seguindo Juarez Cirino dos Santos, em um sistema que teve como inovação central a introdução do dolo e outros elementos subjetivos no tipo subjetivo dos crimes dolosos, o que resultou nas seguintes consequências sistemáticas: "a) separação entre dolo, como vontade da realização do fato, e consciência da antijuridicidade, como elemento central da culpabilidade, que fundamenta a reprovação do autor pela formação defeituosa da vontade; b) disciplina do erro em correspondência com essas mudanças sistemáticas: erro de tipo excludente do dolo e, por extensão, do tipo; erro de proibição, com exclusão da reprovação da culpabilidade (se inevitável), ou redução da reprovação de culpabilidade (se evitável); c) subjetivação da antijuridicidade, constituída pelo desvalor da ação, como injusto pessoal representado pelo dolo e outros elementos subjetivos, e pelo desvalor de resultado, como lesão do objeto da ação expressivo do dano social produzido; d) normativização integral da culpabilidade, como reprovação de um sujeito capaz de culpabilidade, pela realização não justificada de um tipo de crime, com consciência da antijuridicidade (real ou possível) e em situação de exigibilidade de comportamento diverso"**[285]**.

Deve-se advertir, com Hirsch, que o finalismo não pregou – e não prega – uma vertente puramente ontológica, com a separação estanque do mundo do ser e o mundo do Direito, mas postula que a dogmática, a legislação e a justiça respeitem "as estruturas e as demais elementares essenciais pré-jurídicas ou pré-jurídico-penais dos respectivos objetos das regulamentações do Direito Penal"**[286]**.

No que se refere à culpabilidade integrar ou não o conceito de crime para o finalismo, boas discussões são travadas.

Inegavelmente, a culpabilidade compõe o conceito de delito para o modelo causalista, tanto clássico como neoclássico. Chega-se a essa conclusão quando se percebe que, tanto em um como em outro modelo, o dolo e a culpa

são alocados na culpabilidade e, por esse motivo, levam à compreensão de que não há crime sem culpabilidade, visto não haver crime sem dolo ou, no mínimo, culpa.

Essa realidade, todavia, não está bem assentada no modelo finalista, uma vez que alguns doutrinadores o entendem como sinônimo de estrutura analítica bipartida de crime, compreendendo nesse conceito o fato típico e a antijuridicidade, grafando-se a culpabilidade como mero pressuposto de pena. Nesse sentido, dentre outros, Damásio E. de Jesus e Julio Fabbrini Mirabete**[287]**.

Por sua vez, há setor doutrinário que, mesmo assumindo a acepção finalista do delito, entende que a estrutura tripartite persiste – como exemplos *vide* Francisco de Assis Toledo, Cezar Roberto Bitencourt e Heleno Cláudio Fragoso**[288]**.

Os adeptos da teoria bipartida costumam buscar robustez à sua argumentação em alguns pontos interessantes, *in exemplis*:

a) culpabilidade é um juízo de valor e, por essa razão, não está atrelada ao fato em si, mas na cabeça daqueles que o apreciam;

b) por não pertencer ao fato em si, a culpabilidade não pode integrar seu conceito, o que lhe confere o rótulo de mero pressuposto de aplicação de pena;

c) o Código Penal possui indícios de que a estrutura do crime está apartada da culpabilidade; um dos indícios mais nítidos está na previsão do § 4º do art. 180 do referido diploma, atinente ao delito de receptação, que permite a existência do crime, ainda que o autor do fato de que proveio a coisa seja desconhecido ou isento de pena; seguindo esse raciocínio, se a receptação depende de um fato delituoso anterior e, pelo dispositivo em comento, tal crime pode ser praticado por alguém isento de pena, adota-se a possibilidade de crime sem culpabilidade.

Mais acertado, no entanto – com a devida reverência àqueles que postulam em sentido contrário –, sustentar uma teoria tripartida de delito, sendo todos os argumentos apresentados pelos adeptos de uma estrutura bipartida de fácil contraposição.

Como muito bem assinala Cezar Roberto Bitencourt, o próprio Welzel manteve a culpabilidade na estrutura do delito e o fez, inicialmente, afastando uma confusão semântica. O idealizador do finalismo "frisou que 'a essência da culpabilidade é a reprovabilidade'. Destacou, ainda, que, muitas vezes, também se denomina 'a reprovabilidade reprovação da culpabilidade e a culpabilidade juízo de culpabilidade'(...) 'Isto não é nocivo – prossegue Welzel – se sempre se tiver presente o caráter metafórico destas expressões e se lembrar que a culpabilidade é qualidade negativa da própria ação do autor e não está localizada na cabeça das outras pessoas que julgam a ação' (...)"**[289]**.

Em outras palavras, há que se diferenciar "culpabilidade" de "juízo de culpabilidade". A culpabilidade em si é qualidade da conduta, intrínseca, portanto, ao fato-crime. A operação ocorrida fora do agente, ou seja, por aquele que aprecia o fato praticado, e. g., o juiz, não se confunde com a reprovabilidade, configurando-se, em verdade, em um juízo de reprovação para a aplicação da pena. Nesse sentido, irretocável a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

"É preciso destacar que censurável é a conduta do agente, e significa 'característica negativa' da sua ação perante a ordem jurídica. E 'juízo de censura' – estritamente falando – é a avaliação que se faz da conduta do agente, concebendo-a como censurável ou incensurável. Essa avaliação, sim – juízo de censura –, é feita pelo aplicador da lei, pelo julgador da ação, por essa razão diz-se que está na cabeça do juiz. Por tudo isso, deve-se evitar o uso metafórico de juízo de censura como se fosse sinônimo de censurabilidade, que, constituindo a essência da culpabilidade, continua um atributo do crime. O juízo de censura está para a culpabilidade assim como o juízo de antijuridicidade está para a antijuridicidade"**[290]**.

Afirmar que a culpabilidade é mero pressuposto de aplicação de pena, também não leva a uma segura distinção entre a culpabilidade e o crime, de modo a destacá-la do conceito deste. Em não havendo o injusto típico, igualmente não será possível a aplicação de pena, o que leva à conclusão de que não só a culpabilidade é pressuposto de pena, mas também o fato típico e a antijuridicidade**[291]**.

Por fim, quanto à possibilidade de crime sem culpabilidade

supostamente atestada pelo § 4º do art. 180 do CP, basta dizer que tal dispositivo não foi uma inovação trazida pelas recentes alterações do Código Penal, vigendo, portanto, desde 1942. Não se pode, dessarte, afirmar ser esse um indício da adoção da teoria bipartida pelo Código Penal, uma vez que as ideias de Welzel ainda não tinham ganhado eco na legislação penal, o que somente ocorreu em 1984, com reforma da Parte Geral do Código Penal[292].

A composição trazida pelo dispositivo em análise, pode-se concluir com Cezar Roberto Bitencourt, funda-se em questão de política criminal representando a adoção dos postulados da teoria da acessoriedade limitada, bem como a consagração de um pensamento corrente de que "pior que o ladrão é o receptador, posto que a ausência deste enfraquece o estímulo daquele"[293].

Pelos argumentos expostos, elege-se como premissa que o conceito analítico de crime, também para o finalismo, condensa os três elementos genéricos: conduta típica, antijuridicidade e culpabilidade.

2.1.3.4. Funcionalismo penal

O finalismo idealizado por Welzel não ficou imune a ataques, havendo críticas que podem ser condensadas primeiro em Claus Roxin, que desde o início dos anos 60 mostrou-se implacável crítico do finalismo.

Essa visão crítica encerrava a tentativa de criar um novo sistema de Direito Penal, o sistema funcionalista, ou como o chama o próprio Roxin, o "sistema racional-final"[294], desenvolvido a partir dos anos 70[295].

Essa origem do funcionalismo, todavia, não é pacífica, havendo os que defendam que o funcionalismo, como modelo autônomo, origina-se, em verdade, em 1983, quando Günther Jakobs, por ironia o mais importante dos discípulos de Welzel, publica a primeira edição de seu tratado de Direito Penal, evidenciando no prólogo da obra uma crítica ao sistema finalista que marcou o início do funcionalismo penal[296].

De qualquer forma, deve-se firmar que o funcionalismo penal encontra em Claus Roxin, penalista de Munique, e em Günther Jakobs, penalista de Bonn, seus dois maiores expoentes, muito embora não apresentem esses dois

autores coincidente postulação de dogmas funcionais.

Em largas palavras, critica-se no finalismo e nos sistemas antecedentes a sedimentação do Direito Penal em um conceito de delito construído sobre estruturas lógico-objetivas (ou lógico-reais) preexistentes, uma vertente ontológica do Direito que limita o legislador.

Deve-se, em vez disso, buscar a definição das categorias essenciais do delito, partindo-se dos fins e funções do próprio Direito, portanto, de conceitos normativos que garantem ao legislador uma autonomia, não mais estando vinculado no momento de idealizar a norma penal, a estruturas preexistentes a serem exploradas pelo Direito Penal**[297]**.

Abandona-se uma vertente ontológica e passa-se a perseguir uma concepção deontológica do Direito Penal**[298]**, colorida pelas vertentes contrapostas de Roxin e Jakobs, que serão adiante sucintamente explanadas.

A) O funcionalismo penal de Claus Roxin

Claus Roxin, naquilo que denomina sistema racional-final, propõe uma estruturação do delito de acordo com os fins da pena**[299]**, cujos vetores estão na política criminal**[300]**, em uma perfeita unidade sistemática entre política criminal e Direito Penal**[301]**, em que as estruturas que compõem o delito devem refletir a finalidade da pena**[302]**. Abandona-se uma tentativa de definição de bases do delito com visão ontologicista, para impulsionar um sistema de orientação funcionalista, já que o correto estudo deve partir da tese de um moderno sistema estruturado teleologicamente, ou seja, construído com atenção às finalidades valorativas**[303]**. Essa visão importa em um retorno ao neokantismo da década de 30**[304]**, inebriando várias construções no Direito Penal alemão.

Partindo desse pressuposto, a substância principal de sua teoria repousa em uma redefinição das estruturas componentes do delito, tudo conforme o “novo sistema axiológico”, com ênfase principal em dois pontos: a imputação objetiva e a reformulação da culpabilidade, que se transforma em responsabilidade**[305]**.

Na ação, embora a tenha considerado dotada de mero valor estético em construção inicial de 1962[306], evolui seu raciocínio para descrevê-la como uma consequência de uma valoração, valoração esta que dirá em quais hipóteses deve alguém deixar-se imputar por um comportamento[307]. Nega a preexistência da conduta como dado ôntico, ao afirmar que a "unidade da ação não é definível por um dado prévio empírico (nem a causalidade, tampouco um comportamento voluntário ou a finalidade) que se encontra na base de todas as formas de manifestação do comportamento punível. Esta unidade se constitui, isso sim, através de um mesmo aspecto valorativo: alguém agiu, quando um determinado efeito dele decorrente ou não decorrente lhe possa ser atribuído enquanto pessoa, isto é, enquanto centro anímico de atividade, de modo que se possa falar em um 'agir' ou 'omitir' e, com isso, numa 'exteriorização da personalidade'(...)"[308].

Percebe-se nitidamente que a concepção com base nas estruturas lógico-reais é descartada, firmando-se a concepção de que, primeiro, tomam-se os efeitos que somente poderão ser imputados a alguém, reconhecendo-se que esse alguém "agiu" ou "omitiu-se", em face de alguns critérios, definidos na imputação objetiva. A teoria da ação em Roxin, portanto, não é propriamente uma teoria da ação, mas uma teoria da imputação, unificando sob esse signo tanto a comissão quanto a omissão.

A culpabilidade ganha a conotação de responsabilidade, ou seja, há a possibilidade de pena se – e unicamente se – houver o merecimento de pena. Embora se parta da culpabilidade, seu pressuposto, a responsabilidade adiciona à investigação um elemento a mais, a necessidade de punição, que deve ser perquirida não em relação ao fato, mas ao autor, ou seja, não se pergunta se o fato necessita da sanção penal, mas se o autor dela carece[309].

Como dito acima, além de redefinir as categorias integrantes do delito, principalmente da culpabilidade que se torna responsabilidade, o sistema de Claus Roxin centra-se muito na imputação objetiva, já que a imputação do resultado é muito importante para a caracterização de elementos.

Para a imputação objetiva de Roxin, deve-se esquecer a causalidade ou a finalidade dos sistemas precedentes, buscando-se a imputação ao sujeito de

acordo com o fim do Direito Penal, ou melhor, de acordo com o fim de proteção da própria norma[310]. Nesse mister, o autor identifica requisitos necessários para a imputação do delito ao seu autor, identificando falhas na tradicional abordagem, em especial em três grupos de casos, que identifica nos seguintes exemplos:

"1. Consideremos, agora, que A deseje provocar a morte de B! A o aconselha a fazer uma viagem à Flórida, pois leu que lá, ultimamente, vários turistas têm sido assassinados; A planeja que também B tenha esse destino. B, que nada ouviu nos casos de assassinato na Flórida, faz a viagem de férias, e de fato é vítima de um delito de homicídio. Deve A ser punido por homicídio doloso? Se reduzirmos o tipo objetivo ao nexo de causalidade, esta seria a conclusão. Afinal, A causou, através de seu conselho, a morte de B, e almejava esse resultado.

Ou pensemos no caso do homem de aparência suspeita que vai comprar um punhal afiado em uma loja! O vendedor (V) pensa consigo: 'Talvez ele queira matar alguém com o punhal. Mas isto deve ser-me indiferente'. Tem V de ser punido por homicídio praticado com dolo eventual, na hipótese de o comprador, realmente, apunhalar alguém? Objetivamente, V constituiu uma causa para a morte da vítima, e subjetivamente assumiu o risco de que tal resultado ocorresse.

2. Problemas similares ocorrem nas hipóteses de grande relevância prática que são as de desvio na causalidade. Limito-me ao conhecido exemplo escolar, em que A atira em B com intenção de matá-lo, mas somente o fere. O ferido é levado por uma ambulância a uma clínica; mas ocorre um acidente de trânsito, vindo B a falecer. Cometeu A um delito consumado de homicídio? Ele certamente causou a morte de B no sentido da teoria da equivalência, e também a almejou. Se ainda assim não deve haver um delito consumado de homicídio, isto é difícil de fundamentar do ponto de vista de uma compreensão causal do tipo objetivo.

3. Como exemplo do terceiro grupo de casos quero lembrar a hipótese extraordinariamente comum da entrega de tóxicos. Imaginemos que A venda heroína a B! Os dois sabem que a injeção de certa quantidade de tóxico gera perigo de vida, mas assumem o risco de que a morte ocorra; A o faz, porque o

que lhe interessa é principalmente o dinheiro, e B, por considerar a sua vida já estragada e só suportável sob o estado de entorpecimento. Deve A ser punido por homicídio cometido com dolo eventual, na hipótese de B realmente injetar em si o tóxico e, em decorrência disso, morrer? A causalidade de A para a morte de B, bem como seu dolo eventual, encontram-se fora de dúvida. Se considerarmos a causalidade suficiente para a realização do tipo objetivo, teremos que concluir pela punição"**[311]**.

Para solucionar os problemas da abordagem tradicional, Roxin propõe que a imputação só exista quando houver a constatação de três elementos: a criação de um risco não permitido, a realização do risco gerado e que o resultado esteja abrangido pelo alcance do tipo penal, conjugando-se com o princípio da autorresponsabilidade.

A geração do risco não permitido verifica-se pela criação de uma situação de afetação a um bem jurídico ao arrepio da norma legal. Quando, ao contrário, a pessoa gera sim um risco, mas esse risco está abarcado pela norma legal, como no caso do vendedor do punhal, há de afastar-se a imputação do resultado. Deve-se prestigiar, na visão do autor, o princípio da confiança, entendendo-se que se alguém gera um risco que a lei lhe permite, as demais pessoas, os que com ele interagem, cumprirão seu papel dentro da prescrição da lei. Assim, por exemplo, ocorre no tráfego de veículos, que, por si só, representa risco em potencial. Porém, quando alguém liga seu carro e o coloca em movimento, apesar de estar gerando um risco para os transeuntes e demais motoristas, pode deslocar-se sem o medo da responsabilização penal, partindo do pressuposto de que os demais também observarão as regras (o pedestre atravessará na faixa, o outro motorista parará o deslocamento em sinal semafórico vermelho etc.)**[312]**.

Ademais, para a imputação do resultado, é preciso que o risco gerado se concretize, seja realizado no caso em análise. Por exemplo, na hipótese um indivíduo baleado que morre em consequência de um acidente com a ambulância que fazia sua remoção para atendimento hospitalar, o risco gerado foi pelo disparo da arma de fogo, porém não foi esse risco que gerou a sua morte; portanto, a morte não pode ser imputada ao autor do disparo**[313]**.

Por fim, é preciso que o resultado verificado esteja abarcado pelo âmbito de proteção do tipo penal, o que excluiria a imputação no exemplo 3, anteriormente citado. O ato de entregar a droga constitui um risco proibido e o resultado morte atesta que esse risco se realizou, concretizou-se no mundo real. Isso, no entanto, não bastaria para a imputação. É preciso confirmar que o resultado está na linha protetiva do tipo penal e que não houve a autocolocação de risco da vítima. Essa construção afastaria a imputação no caso exemplificado, não podendo ser punível a participação em uma autocolocação em perigo da vítima, "quando houver por parte da vítima uma completa visão do risco, como no nosso caso, em que existe um suicídio praticado com dolo eventual. O alcance do tipo (*Reichweite dês Tatbestands*) não abrange esta hipótese; pois, como demonstra a impunidade de participação em suicídio, o defeito protetivo da norma encontra seu limite na autorresponsabilidade da vítima"**[314]**.

B) O funcionalismo penal de Günther Jakobs

Jakobs foi mais radical em seu giro do que Roxin**[315]**, e sua base de trabalho para o desenvolvimento da concepção do delito a partir de um enfoque funcional (atendendo aos fins e às funções do Direito) é a estrutura social e a função da pena.

A estrutura social influencia sua teoria em três aspectos, a saber**[316]**:

a) nos fundamentos da responsabilização através da competência por organização e da competência institucional;

b) no desenvolvimento do conceito de imputação objetiva, particularmente na concepção de ação como um ato comunicativo de relevância;

c) em um novo conceito de bem jurídico, desvencilhando-se de uma estrutura preexistente e fixando-se no reforço de vigência da norma jurídica.

A fundamentação da responsabilidade penal, com base na competência por organização e na competência institucional (letra "a" susoindicada), parte do princípio de que a organização social moderna é

extremamente complexa, caracterizando-se por um mundo onde tudo é possível**[317]**, sendo necessário, para a orientação dos indivíduos, estabelecer "mecanismos que reduzam a complexidade, e um deles é a criação de sistemas sociais, dentro dos quais o Direito marca os limites da configuração que se dá a si mesma a sociedade e que a caracteriza de uma determinada maneira (v. g., como um Estado de Direito). Nessa tarefa de redução da complexidade há uma estrutura muito importante que é a da expectativa. Para favorecer a orientação social, criam-se expectativas, no sentido de que eu posso esperar algo de alguém e, por sua vez, essa pessoa pode esperar algo de mim"**[318]**.

A geração de expectativas, portanto, consubstancia-se em "espinha dorsal" da estrutura social, funcionando como regra de sua manutenção. A essa expectativa, contrapondo-se àquelas surgidas da relação do homem com a natureza ("expectativas cognitivas"), dá-se o nome de "expectativa normativa", visto surgir da inter-relação dos indivíduos no grupo social, regrada por norma de conduta.

Contudo, a expectativa pode ser frustrada, significando que alguém não se conformou com o regramento dele exigido pela sociedade, o que, nem por isso, transforma a expectativa normativa em estrutura inerte ("não se desiste da expectativa de um caminho sólido e viável por se ter escorregado uma vez!"**[319]**), desde que seja emitido um impulso comunicativo no sentido de que a conformação pessoal do indivíduo destoante não se sobreponha à conformação coletiva, trazida, *in exemplis*, pela norma penal.

Dessa forma, a função do Direito Penal seria a de comunicar, pela imposição da pena, que não será aceita a conformação de mundo destoante do agente de um fato criminoso, negando-se sua compreensão de mundo. É dizer, por outras palavras, que Jakobs centra na finalidade da pena a razão do Direito Penal e, para ele, a pena deve ter a finalidade de prevenção geral positiva**[320]**, segundo a qual seu fim restringe-se à manutenção de vigência da norma como modelo de regulação do contato social, ou seja, o escopo principal da aplicação de uma pena seria ratificar a vigência da norma, em uma concepção dialética hegeliana, em que a conduta destoante do comando normativo seria a negação da norma jurídica posta e a aplicação da pena significaria a negação dessa conduta desviante, o que leva à reafirmação da própria norma transgredida. A

negação da negação da norma é sua reiteração de vigência.

Outro vetor do sistema funcional de Jakobs está centrado na imputação objetiva (letra "b" acima consignada), partindo-se também de uma premissa de expectativa social e resvalando na redefinição de elementos genéricos do crime, em especial da ação.

A função da imputação objetiva no contexto de sua teoria é "determinar os pressupostos que fazem de uma causação qualquer, de um dado naturalista, um complexo significativo, cujo sentido comunicativo é o questionamento da norma, um 'esboço de um mundo' no qual a norma não vige. Incumbe à teoria da imputação objetiva fornecer o instrumentário conceitual com base no qual a sociedade interpreta o comportamento de determinada pessoa e o entende como um comportamento delitivo, questionador da norma. 'A imputação objetiva traça os limites entre o que é socialmente normal e *possivelmente* tem sentido delitivo'"**[321]**.

Se em Roxin a imputação objetiva tem por pergunta central "quando" o fato pode ser imputado, parece aqui ser a questão fundamental perquirir "o que", com base na expectativa social, pode ser imputado.

Essa teoria de imputação tem reflexo direto na concepção de ação típica, que será unificada em um supraconceito, abarcando tanto a concepção de ação como a de omissão, desde que o autor defraude a expectativa social, alargando-se, portanto, a visão de garantidor no Direito Penal. Pode-se afirmar, portanto, que para Jakobs "*só será objetivamente típica a ação que, de um ponto de vista objetivo, isto é, com independência do que pense ou deseje o autor, viole um papel; este papel traduz-se, dogmaticamente, através da figura da posição de garantidor*, adotada pela dogmática tradicionalmente somente para delimitar o âmbito do delito omissivo impróprio. Ao autor somente serão imputados aqueles riscos cuja evitação cumpra a ele garantir, aqueles riscos em face dos quais ele desempenhe uma posição de garantidor – pouco importando se o autor provoca o resultado por ação ou por omissão"**[322]**.

A imputação objetiva de Jakobs apresenta apenas dois requisitos: a criação do risco juridicamente desaprovado e a realização do risco gerado.

A criação do risco desaprovado pelo ordenamento, para Jakobs, coincide exatamente com a violação de dever contrário às expectativas sociais e pode ser afastado em quatro situações[323]:

1) risco permitido – aquele que pratica algo compreendido pela expectativa social não a viola, não podendo ser responsabilizado; por exemplo, em um acidente de trânsito em que *A* e *B* colidem, e *A* está em velocidade permitida e *B* em velocidade superior ao limite, perdendo o controle do automóvel, *A*, apesar de estar conduzindo o veículo, gerando risco de colisão, como aliás ocorreu, não responderá pelo fato, pois sua conduta pautou-se na geração permitida de risco;

2) princípio da confiança – como "nem tudo incumbe a todos"[324], cada qual poderá confiar que os demais integrantes do corpo social comportar-se-ão de forma balizada pela norma, não respondendo o autor se se mantiver no âmbito de sua esfera de atribuições e outra pessoa transgredir a expectativa, envolvendo-o no fato; por exemplo, estaria excluída a responsabilidade do vendedor de punhal, acima citado como exemplo de Roxin, já que sua conduta partia do princípio de que o comprador do punhal iria também portar-se conforme a norma;

3) proibição de regresso – ainda que o comportamento do agente seja neutro, isto é, não haja reprovação nem aprovação da conduta, o agente não poderá responder se alguém dele valer-se para finalidade criminosa; assim, e. g., se alguém compra uma passagem para uma pessoa, o que socialmente nem sequer pode ser considerado um risco não controlado, portanto de certa neutralidade, e essa pessoa, já no lugar de destino é morta, a responsabilidade pelo fato não deve recair sobre aquele que comprou a passagem;

4) competência da vítima – quando o risco estiver no âmbito de competência da vítima, como no caso do traficante citado por Roxin, que vende heroína, não há falar em responsabilidade penal para quem praticou a conduta inicial.

Como se percebe, o terceiro elemento da imputação objetiva de Roxin – exigência de que o resultado realizado esteja no âmbito de proteção da norma – inexiste na estrutura de Jakobs, sendo abrangido pelo critério de geração do risco

desaprovado.

Como último elemento, para a imputação objetiva, na visão do autor estudado, é necessário que o risco gerado se realize. Nessa investigação, não se nega a necessidade de haver nexo causal como ponto de partida, ao menos nos delitos de resultado – encontra-se aqui mais uma diferença da concepção de Roxin, que não trabalha com a ideia de causalidade física –, depois passa-se a verificar qual dos riscos concorrentes para o resultado é necessário para explicá-lo, ou seja, averigua-se se o resultado foi gerado pelo risco desaprovado gerado pelo autor, ou se ele decorreu de "complexos fatores ou outros riscos, inclusive criados pelo próprio autor, desde que permitidos"**[325]**.

No que concerne ao bem jurídico (letra "c" acima), Jakobs busca a ideia de geração de expectativa normativa para idealizar sua concepção de bem jurídico, contrapondo-se ao tradicional conceito.

Jakobs não admite que haja bens jurídicos encontrados no mundo, por exemplo, a vida, e sim uma relação funcional entre o sujeito e uma situação valiosa, o que intitula bens jurídicos em sentido estrito. Não se confunde essa relação, no entanto, com o conceito próprio de bem jurídico para o Direito Penal, que se reduz à própria norma dele constante que impõe a proibição específica, por exemplo, a proibição de matar. Buscando outro exemplo para tornar os postulados mais claros, há uma relação funcional entre os indivíduos e a propriedade, marcada pela possibilidade de desfrute das coisas que se possui, ou seja, uma relação valiosa entendida como bem jurídico em sentido estrito; dessa relação, surgem expectativas resumidas na norma penal, de que não haverá turbação, nascendo a expectativa de que alguém não furte, não roube, não deteriore etc. a coisa objeto da relação funcional, sendo esse o verdadeiro bem jurídico em sentido penal**[326]**.

Quando alguém não respeita essa expectativa normativa, não há a falência da estrutura, como já dissemos, mas apenas uma mensagem comunicativa segundo a qual alguém não aderiu às expectativas sociais, criando sua própria realidade de expectativas normativas, por exemplo, entendendo que o fato de poucos terem muito e muitos terem pouco gera a legítima expectativa social de que se pode tomar bens pela força. Essa realidade apenas existe no

intelecto do indivíduo desviante.

Contudo, a conduta desse indivíduo tem uma função comunicativa também para os demais indivíduos do grupo afetado, segundo a qual a expectativa até então acolhida por todos foi frustrada, levando à indagação se aquela expectativa era correta de fato. A pena aplicada, nesse contexto, emite um impulso comunicativo contrário, segundo o qual a sua efetivação (da pena) nega a expectativa particular do indivíduo desviante e, por consequência, reafirma a expectativa normativa geral.

No que concerne à estrutura do crime, não pode ela partir da aceitação de estruturas lógico-objetivas, mas sim perseguir um caminho inverso, iniciado na definição dos fins do Direito Penal, que condicionarão os elementos estruturais do delito.

Segundo seu raciocínio, conforme já exaltado, deve-se partir do princípio de que o fim do Direito Penal é reforçar as expectativas normativas. Em decorrência, os elementos do delito devem ser compreendidos a partir dessa estrutura.

Aqui também a ação se constitui em um supraconceito, abarcando a ação e a omissão sob o signo da defraudação de expectativas, negando-se um conceito ontológico e partindo para um conceito normativo da ação: não importa a ação em sua essência, mas a ação típica descrita pela norma penal, que condensa a defraudação de expectativa social.

No que se refere à culpabilidade, pode-se sacramentar que, para Jakobs, os fins da pena e, pois, do Direito Penal, condicionam seu conteúdo. “Se a função da pena determina o conteúdo das categorias dogmáticas, e, portanto, da culpabilidade, essa perspectiva rompe com esse limite material, porque apesar de que um sujeito não possa atuar de outra maneira pode ser culpável, quando as necessidades de prevenção geral assim o indiquem. O eixo central *deixa de ser o poder* comportar-se conforme a norma, e constitui o dever fazê-lo, que é uma perspectiva distinta. *Esse dever se estrutura de acordo às necessidades de prevenção geral*”**[327]**.

Montealegre Lynett, para demonstrar a visão de Jakobs, traz o exemplo

de Roxin:

“Duas pessoas se encontram numa granja e um incêndio no bosque, de imensas proporções, rodeia o lugar. A única forma de salvar a vida é fugir num cavalo que se encontra no estábulo. Entretanto, esta somente permite que uma pessoa escape. Uma delas foge a galope, e a outra morre por asfixia quando o fogo recrudesce. Por que essa pessoa não é culpável? A concepção finalista diria: porque não podia atuar de outra maneira, porque se diminuíram consideravelmente suas possibilidades de eleição. Mas que acontece no mesmo exemplo se a pessoa que abandonou apressadamente a granja é um membro do corpo de bombeiros? Aqui a pessoa, em virtude de uma cláusula de exigibilidade, tinha o dever de assumir um perigo maior que o da generalidade das pessoas, salvo se fosse seguro a perda de sua vida. Por que então, se não podia atuar de outra maneira, é culpável? Porque as necessidades de prevenção lhe impõem o dever de assumir uma conduta distinta. Com efeito, impõem-se uma pena para que a sociedade possa seguir confiando em certas instituições, pois a pessoa não toma precauções especiais para controlar um incêndio sobre a base de uma confiança legítima de que em caso de fogo contará com o apoio de determinados organismos”**[328]**.

Essa afirmação leva a uma crítica forte de Jakobs ao conteúdo normativo puro da culpabilidade idealizado no finalismo. Welzel “ao transladar o dolo natural ao tipo penal, sob o entendimento de que o conhecimento dos fatos não joga nenhum papel no juízo de reprovação, leva até suas últimas consequências a concepção normativa. Welzel encontrou que o *não poder atuar de outra maneira* era estrutura lógico-objetiva sobre a qual se edificava a culpabilidade. Sobre esta base, este elemento se converte num limite material à intervenção punitiva do Estado e às necessidades de prevenção”**[329]**, o que afronta diretamente a visão de Jakobs para o Direito Penal.

C) Günther Jakobs e o Direito Penal do inimigo

No sistema funcional idealizado por Jakobs, o radicalismo acentua-se no chamado “Direito Penal do inimigo”, que leva os fins do Direito Penal, na visão do autor, a justificar os meios.

Embora indique a correlação de um com o outro, Jakobs secciona sua doutrina em duas vertentes: uma aplicada ao cidadão e outra aplicada ao inimigo daquele grupo social.

Ao arrimar sua doutrina em bases filosóficas respeitáveis, o autor parte do contrato social e constata como premissa que há um tipo de criminalidade em que seu autor infringe dito contrato, de maneira a não mais usufruir de seus benefícios: "a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica"**[330]**. Em consequência, como malfeitor que ataca o corpo social, não integra mais o Estado, encontrando-se em situação de guerra com ele, perdendo o *status* de cidadão em uma verdadeira morte civil**[331]**.

Logicamente, o sistema vigente não pode aplicar essa conformação a todos os criminosos, mas apenas àqueles que não aceitem o retorno à sociedade e o cumprimento dos deveres que ela lhes impõe, ou seja, quem não aceita participar de um "'estado comunitário legal', deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser 'tratado', como anota expressamente Kant, 'como um inimigo'"**[332]**. Para esse inimigo, conforme a constatação do autor em fatos recentes – como o ataque ao *World Trade Center*, em 11 de setembro de 2001, ao qual já nos referimos –, pode haver uma antecipação de tutela penal pela aplicação da pena, de modo a garantir o Estado**[333]**.

Em resumo, portanto, pode-se fundar que o "Direito Penal conhece dois polos ou duas tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de continuar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por periculosidade"**[334]**, em nítida antecipação de tutela penal, ou melhor, uma "custódia de segurança antecipada que se denomina pena"**[335]**, como prefere o autor.

Há também o reflexo processual penal dessa cisão, como a possibilidade de prisão preventiva para o inimigo como mera medida de coação, a retirada compulsória de sangue, intervenções nas comunicações, intervenção de agentes infiltrados, incomunicabilidade do preso, inclusive com seu advogado,

e outras investigações secretas. Assim como no "Direito Penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado"[336].

Por fim, pode-se dizer que o Direito Penal do inimigo é uma exacerbação da visão funcional do Direito Penal, que extrema a finalidade da pena de acordo com uma divisão entre o cidadão e o inimigo. O inimigo, que não mais é tratado como pessoa, por estar em guerra com o Estado, possuirá uma conformação diferente para o Direto Penal substantivo, em que haverá uma custódia antecipada, tendo a privação de liberdade como pena por excelência, e para o Direito Penal adjetivo, em que as garantias processuais serão mitigadas ao mesmo passo que medidas de coação inaceitáveis no Direito Processual Penal do cidadão tomarão lugar.

2.1.3.5. A exaltação da "revolução welzeniana": o finalismo como sistema reitor e seu conceito analítico de crime

Consignados o desenvolvimento e as características dos modelos penais – causalista (clássico e neoclássico), finalista e funcionalista –, urge, agora, eleger o modelo que, em nossa avaliação e respeitando as opiniões divergentes, deveria informar o Direito Penal, comum e militar, do Estado Democrático de Direito.

Em primeiro plano, no entanto, deve-se averiguar quais sistemas os Códigos Penais analisados adotaram, para então eleger a premissa de trabalho. Nessa construção, conforme será visto, pode-se falar em "Direitos Penais brasileiros", porquanto é possível reconhecer a existência, ao menos legal, de dois sistemas concomitantes.

A) Modelo adotado pelo Código Penal Militar

Há provas muito fortes de que o Código Penal Castrense – o Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 – adotou uma estrutura causalista neoclássica, embora possa não ser a visão unânime. Para fazer essa

classificação, todavia, urge lembrar que a lei penal militar não possui dispositivo inequívoco – nem poderia – de adoção expressa de um ou outro modelo.

Em primeiro plano, o conteúdo histórico já indica essa vertente, porquanto o finalismo de Hans Welzel apenas aportou no Brasil em 1984, por meio da reforma penal trazida pela Lei n. 7.209, de 11 de julho daquele ano. Essa reforma, no entanto, apenas alcançou a Parte Geral do Código Penal comum, esquecendo-se do Código Castrense, datado da década de 60, mais precisamente de 1969.

Mas há outros indícios, agora legais, de adoção do causalismo no Código Penal Militar, a saber:

1) Conceito de ação – a ação no Código Penal Castrense prescinde do elemento subjetivo, o que fica bem claro na definição legal da culpabilidade, que abarca os conceitos de dolo e de culpa. Com efeito, o art. 33 do Código Penal em análise, sob a rubrica da culpabilidade, traz as definições para o dolo e a culpa, transmitindo nitidamente que o elemento subjetivo do crime não está alocado na conduta, no fato típico, mas na culpabilidade; por essa previsão, portanto, pode-se afirmar que a ação no Código Penal Militar é causal.

2) Não separação de coação moral e física – corolário de um conceito causal de ação, a conduta prescinde de elemento subjetivo, portanto, não importa se foi ela praticada sob coação moral ou física, ainda assim ela existirá, prosseguindo-se na análise do delito. A coação moral elimina a possibilidade de ação conforme o Direito, enquanto a coação física elimina o elemento subjetivo do crime. Ocorre que ambos, na estrutura causal, estão alocados na culpabilidade, sendo sua consequência a isenção de pena; por essa razão, o § 2º do art. 38 e o art. 40, ambos do Código Penal Militar, não fazem distinção dos efeitos da coação moral ou física.

3) Conceito psicológico-normativo da culpabilidade – a revelação de que a culpabilidade é recheada por dolo ou culpa leva a um conceito psicológico da culpabilidade, e a presença de outros elementos, como a inexigibilidade de conduta diversa pela coação (moral ou física) ou pela obediência hierárquica (art. 38 do CPM) e pelo estado de necessidade exculpante (art. 39 do CPM), indicam que a culpabilidade também se prende a elementos normativos,

configurando-se, portanto, como uma teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

4) Adoção do *dolus malus* – embora a definição de dolo, no inciso I do art. 33 do Código Penal Militar, não diga isso expressamente, o Código adotou um conceito de dolo normativo (*dolus malus*), em que a consciência da ilicitude está nele embutida; como prova, basta a análise do art. 36, *caput*, do Código Castrense, que trata do erro de fato. Referido dispositivo consagra duas possibilidades do instituto, sendo uma delas, grafada na segunda parte do artigo, a que trata das descriminantes putativas, com consequência de isenção de pena. Ora, se nas descriminantes putativas o agente ignora a ilicitude do fato, por pensar existir uma real exclusão da ilicitude que não existe, e essa não consciência é equiparada no erro de fato ao desconhecimento de elemento que constitui o crime, portanto, exclusão de dolo (primeira parte do *caput* do art. 36), tendo por consequência a isenção de pena, é porque dolo e consciência da ilicitude confundem-se, sendo este elemento daquele.

Como decorrência da estrutura causal, frise-se, o Código Penal Castrense adota, embora não diga expressamente na exclusão de crime (art. 42 do CPM), um conceito tripartido de delito, em que a culpabilidade está nele inserida. Em uma frase: para o Código Penal Militar, crime é fato típico, antijurídico e culpável.

B) O modelo adotado no Código Penal comum

O Código Penal comum (Dec.-Lei n. 2.848, de 7-12-1940, com a reformulação da Parte Geral trazida pela Lei n. 7.209, de 11-7-1984), por outro bordo, adotou – também sem um dispositivo claro e expresso na lei – o finalismo por sistema reitor, o que também pretenderá demonstrar-se pelos mesmos critérios vistos para o Código Penal Militar.

No conteúdo histórico, a Lei n. 7.209/84, acima citada, reformou exatamente a Parte Geral do Código Penal comum, isso sob a influência de Francisco de Assis Toledo, um de seus idealizadores e discípulo do conceito final de ação**[337]**.

Quanto aos indícios legais, pode-se assentar:

1) conceito final de ação – a ação no CP exige o elemento subjetivo, prova disso é a definição de dolo e culpa não mais sob a rubrica da culpabilidade (art. 18 do CP);

2) separação de coação moral e física – conforme se denota do art. 22, apenas a coação moral isenta o agente de pena; a coação física é excludente de conduta, portanto, de fato típico;

3) conceito normativo puro da culpabilidade – a adoção da sistemática do erro, em que a ignorância da ilicitude isenta de pena enquanto o erro de tipo afasta o dolo, transmite a clara separação entre dolo e consciência da ilicitude, avaliados em degraus diversos: o dolo na conduta e a consciência da ilicitude na culpabilidade (isento de pena, comanda o art. 21 do CP); adota-se o dolo natural. Ao lado da consciência da ilicitude estão ainda a imputabilidade (art. 28) e a exigibilidade de conduta diversa (art. 22).

Deve-se indicar, no entanto, que tais indícios são relativizados por alguns autores, que entendem que o Código Penal comum não acatou os postulados de Welzel. Por todos, *vide* Magalhães Noronha:

"Não se nega seja a ação *finalista*; ela é atividade dirigida a um fim. Entretanto dita teoria desloca apenas o problema: considera o fim no estudo da ação, tirando-o da culpabilidade e tornando vazio o dolo.

Acreditamos não ser de seguir-se o ensinamento de Welzel: ele leva ao juízo valorativo da ação em momento não oportuno; na análise do elemento subjetivo do delito é que é seu lugar adequado.

Ocorre que o vigente Código Penal, em razão da modificação introduzida quanto à estrutura do erro e somente por tal motivo, tornou polêmica a questão sobre se adotada a teoria da ação finalista. Em sentido afirmativo, isto é, houve modificação para a adoção da teoria finalista, manifestaram-se os ilustres Professores Damásio E. de Jesus, Manuel Pedro Pimentel e Heleno Fragoso.

A nós parece que não ocorreu tal inovação, continuando a legislação a

trilhar seu caminho tradicional.

Com relação ao erro, a modificação introduzida constitui apenas na adoção de uma solução que em absoluto se restringe ao finalismo, tanto que compatível com a teoria social da ação. Tal fato, isto é, a nova estrutura do erro, não obriga necessariamente a aceitação de uma nova estrutura do crime. Saliente-se que os nobres autores e mestres citados já adotavam como fixação doutrinária a teoria da ação finalista, seguidores de Hans Welzel, o que também os teria levado a concluir pela modificação, aplaudindo o princípio por eles prestigiado.

O juiz e jurista Ricardo Andreucci, um dos autores do Anteprojeto do vigente Código, portanto, em interpretação autêntica, afirmou que na verdade não surgiu um novo Código, mas apenas uma lei de reforma, conservando a filosofia do anterior"**[338]**.

Com todo respeito ao autor, não foi só a sistemática do erro que indicou o giro finalista no Código Penal comum, mas também outros dispositivos e fatos históricos já enumerados. O próprio reconhecimento de uma ação final já indica esse giro. A alegação de possibilidade de aplicação da teoria da ação social não nega o finalismo, mas, como já indicado nas palavras de Cerezo Mir**[339]**, evolui sobre ele, como permitiu o próprio Welzel. Mais fraca ainda a alegação de interpretação autêntica de Ricardo Andreucci, porquanto também a profere Francisco de Assis Toledo, que, acerca da teoria normativa pura da culpabilidade, signo do finalismo, dispôs:

"A experiência do Direito Penal, por vezes dramática, tem revelado que juízes e tribunais, na grande maioria dos casos, dentro de uma concepção tradicional, esquecem-se da própria *culpabilidade*, o mais importante elemento do crime, ao confundi-la com o dolo e a culpa. Verificando que o agente atuou com dolo, encerram o julgamento e aplicam a pena criminal. Não pesquisam a evitabilidade do fato e, pois, sua censurabilidade. Com a nova construção, ver-se-ão os julgadores, necessariamente e sempre, diante do problema da *culpabilidade*. De uma culpabilidade *concreta* do aqui e agora. De uma culpabilidade deste homem nesta situação, não do *homo medius*, abstrato, inexistente, de triste memória.

Ao decidir, num instante derradeiro, pela aplicação da pena criminal, antes de proferir seu julgamento final, haverá o juiz que defrontar-se com esta advertência de Welzel: 'A censura de culpabilidade pressupõe tenha podido o autor formar sua resolução de ação antijurídica mais corretamente, ou seja, de acordo com a norma. E isto não em um sentido abstrato de *algum homem* no lugar do autor, mas no mais concreto sentido de que *este homem, nesta situação*, tenha podido formar sua resolução de vontade de acordo com a norma'"**[340]**.

Deve-se frisar que Ricardo Antunes Andreucci passou a integrar o cenário da reforma do Código Penal na terceira Comissão para a elaboração do anteprojeto de reforma do Código Penal, nomeada pelo então Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, pela Portaria n. 1.043, de 27 de novembro de 1980. Essa comissão, que contava também com a presença de Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti e Hélio Fonseca, foi presidida por Francisco de Assis Toledo, que aliás já integrava as Comissões anteriores.

Quanto à adoção de um conceito tripartido de crime, bastam os argumentos expostos acima, quando tratamos do finalismo isoladamente, para assentar a correção desse conceito.

C) A negação do funcionalismo como modelo reitor para o Estado Democrático de Direito

É possível iniciar esta argumentação, firmando que, como lembra Bacigalupo acerca do funcionalismo penal, "nenhum dos sistemas tem validade absoluta. Na medida em que nenhuma das teorias da pena a tem, tampouco poderiam ter os sistemas dogmáticos conectados com elas"**[341]**.

De fato, orientar um sistema pela finalidade da pena, em que pese seu mérito por entender a finalidade da pena como a própria finalidade do Direito Penal, é por demais arriscado, dada a incerteza da concepção da pena ao longo dos tempos. Jakobs, por exemplo, busca em Hegel e em Kant sua fundamentação; Roxin, por seu turno, sustenta uma visão unificadora dialética que pretensamente visa a reduzir os exageros unilaterais**[342]**.

As críticas ao funcionalismo penal, no entanto, não se encerram na falta de critério único para a finalidade orientadora do sistema, mas passa por outros setores. A iniciar, com Hirsch, a teoria de Günther Jakobs demonstra um retorno desmedido ao normativismo ao qual o finalismo fez oposição. Diz o Professor da Universidade de Colônia, na Alemanha:

"(...) A concepção de *Jakobs*, por sua vez, encontrou repúdio maciço. Critica-se que o normativismo *radical* por ela defendido, segundo o qual todos os conceitos da lei devem ser entendidos como produtos do legislador, renuncia toda e qualquer ligação entre direito e realidade pré-jurídica. Também a proposta de analisar o conteúdo do injusto do delito unicamente a partir da perspectiva da quebra da norma, e não do bem jurídico por ela protegido, é recusada como excessivamente formal. Da mesma forma, consideram-se os conceitos que Jakobs continuamente utiliza em sua argumentação, como 'competência' e 'estabilização da norma', impróprios para a dogmática, por serem demasiado extensos e indeterminados. Duvida-se, com razão, até mesmo da possibilidade de derivar deles um sistema dogmático com distinções mais exatas. Aponta-se neste contexto para o fato de que quase todas as conclusões a que chega Jakobs são idênticas às que já havia desenvolvido a dogmática tradicional. Além disso, a tese de que a culpabilidade seria um derivado da prevenção geral é decididamente criticada. Uma tal postura significa uma desindividualização do conceito de culpabilidade e desconhece que a culpabilidade serve de conceito contraposto à prevenção geral, que deve proteger o autor de punições excessivas na prevenção geral"**[343]**.

Com efeito, ao contrapor-se a Welzel com seu modelo funcional, Jakobs distancia-se muito de uma realidade pré-jurídica, levando a uma total insegurança em relação aos conceitos e, em consequência, em relação ao próprio Direito Penal.

O normativismo extremo dá ampla liberdade à norma e ao legislador, levando sim a uma situação de inconstância, em que novos legisladores podem simplesmente apagar tudo o que se pensou em Direito Penal, com a edição de leis, não raramente toscas e com mero efeito simbólico.

A crítica de Jakobs à teoria normativa pura da culpabilidade mostra-se

infundada. Para ele, era irrelevante o deslocamento do dolo para a conduta, esvaziando a culpabilidade de elemento psicológico. Sobre essa crítica a Welzel, deve-se consignar que, primeiro, nunca foi idealizada uma culpabilidade totalmente desprovida de valoração; ao contrário, o juízo sobre a culpabilidade é sim um juízo de reprovação, porém feito sobre premissas necessárias para que esse juízo seja correto. Essas premissas são trazidas pela lei penal, de acordo com a orientação de política criminal vigente, constituindo assim um conteúdo normativo mínimo para a reprovação, o que configuraria o conteúdo da culpabilidade trazido pela norma.

Isso não obsta, no entanto, que a culpabilidade, além de elemento do delito, mesmo em uma concepção normativa pura, assuma outros papéis na teoria do fato punível, assim como um princípio a afastar a responsabilidade penal objetiva e, principalmente ao que agora nos interessa, como medida de definição de pena. Nesse critério, a culpabilidade, não estrutural ao crime, ganha conotação valorativa, atendendo ao clamor por prevenção: quanto maior a culpabilidade, maior a reprovação e, consequentemente, maior o *quantum* da pena. Aliás, a própria concepção de Welzel da reprovabilidade como pressuposto de pena deixa claro que há sim um campo valorativo atrelado à culpabilidade. Para o dileto autor, se "concorrem os elementos intelectuais e volitivos da culpabilidade o fato antijurídico é reprovável e em princípio punível – salvo quando é exigida a concorrência de uma condição objetiva de punibilidade ou a ausência de uma causa pessoal de exclusão de pena. Quando a reprovabilidade for menor (por exemplo, no caso de imputabilidade diminuída ou de erro de proibição vencível), isso será devidamente levado em conta na medida da pena (...)"**[344]**.

Claramente, Welzel estabeleceu três campos em que se pode reconhecer a culpabilidade: no tipo penal, ao idealizar a tipicidade complexa, exigindo-se dolo ou, no mínimo, culpa para o reconhecimento de uma conduta relevante penalmente, fundamentando, assim, a aplicação de uma pena; na culpabilidade como elemento do crime, pressuposto necessário para que seja feito o juízo de reprovação sobre a conduta do autor do fato; e na medida de pena, calcada no grau de culpabilidade verificado. A essa constatação já nos referimos quando tratamos do princípio da culpabilidade, momento em que

utilizamos as lições de Cezar Roberto Bitencourt.

A concepção de Jakobs, ao definir a estrutura do delito, a partir do fim prevalente da prevenção pela aplicação da pena, permite a responsabilização penal, por exemplo, sem que haja dolo ou culpa – embora adote posteriormente outros critérios limitadores – e, pior, permite até alcançar o inimputável, aplicando, sob o signo da necessidade de prevenção, uma pena àquele que não tem capacidade de conduzir-se na retidão exigida por uma falha de formação biológica. Note-se que essa possibilidade – aplicação de pena ao inimputável – nega a própria teoria da prevenção geral adotada por Jakobs, porquanto a pena aplicada ao autor do fato não terá o significado comunicativo aos demais indivíduos da sociedade que também não possam dirigir seu comportamento de acordo com a compreensão do certo e do errado.

Em outras palavras, para o portador de desenvolvimento mental retardado, por exemplo, saber que uma outra pessoa portadora de sua mesma deficiência foi submetida a uma pena significará um fato qualquer, sem nenhuma significação lógica de reprovação sobre uma conduta frustradora de expectativas normativas. Aliás, deve-se trabalhar até com a hipótese de que o inimputável em exemplo nem sequer é capaz de conhecer os impulsos comunicativos exteriores ao seu ser.

O exemplo de Roxin, trazido por Montealegre Lynett e transcrito acima, das duas pessoas que estavam na granja durante um incêndio no bosque, com o devido respeito, não convence que Welzel errou em seu sistema.

Primeiro, no caso da pessoa não pertencente ao corpo de bombeiros, que foge, a discussão acerca da responsabilização no sistema welzeniano dar-se-ia no campo da antijuridicidade, e não da culpabilidade, ou seja, não haveria injusto típico pela exclusão da antijuridicidade pelo estado de necessidade, trazido expressamente na legislação penal comum brasileira. Para os adeptos da teoria dos elementos negativos do tipo, nem sequer haveria um fato típico.

Mesmo que se considere o caso de a pessoa que abandonou a granja pertencer ao Corpo de Bombeiros, o Código Penal comum exige que ele se porte de modo diverso e, no exemplo dado, ele poderia fazê-lo ou, de outra forma, não o consignaria, "salvo se fosse seguro a perda de sua vida", ou seja, somente lhe

seria inexigível conduta diversa se a morte do bombeiro, ao tentar salvar a outra pessoa, significasse sua morte certa.

No contexto apresentado, a solução welzeniana seria perfeita, ao menos com a configuração apresentada no Código Penal brasileiro, com a reforma finalista de 1984, para ambos os casos. O Código Penal comum, em seu art. 24, dispõe que se considera em estado de necessidade "quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se", e completa, em seu § 1º, que não pode alegar estado de necessidade quem estava obrigado a arrostar o perigo, como o caso do integrante do Corpo de Bombeiros. Em arremate, dispõe no § 2º que se era exigível o sacrifício do bem jurídico protegido, a pena será aplicada de forma reduzida, na proporção de um a dois terços.

Em outro sentido, mesmo que o injusto típico esteja intacto (configurado), o agente pode ter sua culpabilidade afastada pela inexigibilidade de conduta diversa, elemento que passou a ser aferido com o surgimento da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, idealizada principalmente por Frank, como acima se demonstrou. O Código Penal expõe duas espécies legais de circunstâncias em que a inexigibilidade, por força da norma, é reconhecida: a coação irresistível e a obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal (art. 22). Contudo, aceita-se pacificamente a exclusão da culpabilidade por causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.

Por tudo o que se expôs, a solução para os casos dos exemplos seria na seguinte conformidade:

a) **Para o cidadão comum** – estaria ele em estado de necessidade se a situação fosse tal que importasse na perda de sua vida; caso houvesse outro modo de evitar o perigo para sua vida, no entanto, o injusto típico estaria intacto – excluindo-se aqui a possibilidade de ser-lhe exigível o sacrifício da vida –, resolvendo-se a questão no âmbito da culpabilidade com a aplicação de pena diminuída. Note-se que, na primeira opção – reconhecimento do estado de necessidade –, nem se chegaria à avaliação sistemática da culpabilidade.

b) **Para o integrante do Corpo de Bombeiros** – antes de enfrentar a

questão, deve-se lembrar que o integrante dos Corpos de Bombeiros do Brasil são militares dos Estados, sujeitos, em princípio, ao Código Penal Militar, que possui estrutura diversa daquela constante do Código Penal comum; porém, apenas para levar aos argumentos interessantes, trabalhe-se com a hipótese de aplicação do Código Penal comum a essa categoria de agentes públicos. Para o exemplo em relevo, por expressa determinação legal, o estado de necessidade estaria afastado, porquanto teria ele o dever de arrostar o perigo (art. 24, § 1º, do CP). Contudo, isso, por si só, não leva à confirmação de que sua conduta é reprovável; como já indicado, o próprio exemplo exclui a possibilidade de morte certa do agente público, o que leva à conclusão de que lhe era exigível conduta diversa. Em outras palavras, caso houvesse certeza de sua morte, nem mesmo o bombeiro estaria obrigado a suicidar-se, o que tornaria inexigível outro proceder de sua parte (também causa supralegal). O exemplo indicado, entretanto, não trabalha com essa hipótese, ou seja, era exigível conduta diversa, pois não era certo que o bombeiro, se tentasse salvar a outra pessoa, morreria, devendo haver a condenação, atendendo-se, contudo, à correta dosimetria da pena, em uma das acepções da culpabilidade, conforme impõe o art. 59 do *Codex* em análise.

Mesmo no sistema causal do Código Penal Militar, o bombeiro não seria condenado, pois estaria em estado de necessidade exculpante, nos termos do art. 39 do referido diploma, que, ressalte-se, nem sequer menciona a exclusão daquele que tem o dever de arrostar o perigo.

Derradeiramente, admitir que o Direito Penal seria instrumento de manutenção na expectativa de confiança na instituição “Corpo de Bombeiros” seria anuir em uma expansão tal do Direito Penal que qualquer expectativa seria capaz de fundamentar a existência de uma norma penal. Espera-se também que as prefeituras mantenham as cidades limpas, mas, nem por isso, mesmo diante de uma proliferação de roedores, o funcionário da limpeza que deixa de recolher um invólucro deve ser condenado por crime. Parece que o Direito Administrativo deve ter – e tem – seus instrumentos próprios para a manutenção da credibilidade ou das expectativas que se depositam sobre seus órgãos. Volta-se, por essa vertente, a uma coisificação do indivíduo, tendo-o como um exemplo para que outros de sua profissão não o sigam. Mais ainda, rompe-se com o princípio da intervenção mínima, negando-se o caráter fragmentário e

subsidiário do Direito Penal, transformando-o em *prima ratio*, e não mais em *ultima ratio*, como deveria ser.

Quanto ao Direito Penal do inimigo, tem-se apenas como uma vertente simbólica da pena, ou seja, impõe-se um mal concreto – a pena – para a obtenção de um efeito simbólico, simplesmente demonstrando a "impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido"**[345]**, que, em verdade, não resolverá o problema pela geração de leis que distingam o cidadão do inimigo.

Ademais, o Direito Penal do inimigo, simbólico por natureza, não identifica fatos de extrema agressão à sociedade, mas pessoas potencialmente lesivas, chegando a uma definição social adequada àqueles que conduzem o sistema, de modo a dizer que "inimigos" são os outros, que não se enquadram em determinada identidade**[346]**.

Não é preciso mencionar os riscos que a sociedade suportaria na adoção de um Direito Penal do inimigo. Muito dele já foi experimentado durante os regimes de exceção, que rotulavam pessoas como inimigas do *status quo* imperante e, por essa razão, suprimiam-lhes os bens, a liberdade e até a vida.

Menos radical, a visão de Claus Roxin encontrou maior eco na doutrina. Não parece, contudo, que a imputação objetiva e, por consequência, seu sistema funcional-racional tragam novas soluções para problemas antigos.

Para essa demonstração, tomem-se seus exemplos – já citados quando tratamos de sua específica vertente funcional –, que também são solucionados por um modelo ontológico, como o é o finalista. No sistema finalista, obviamente, as interpretações das estruturas podem e devem ser permeadas por um grau de normatividade, sobretudo no que concerne aos princípios da ciência penal. Deve-se, em outras palavras, buscar limites interpretativos, com o fito de reduzir o espectro do Direito Penal, com base no princípio da razoabilidade e, em especial, da culpabilidade, sendo, com a devida vênia, despicienda a imputação objetiva.

No caso do aconselhamento de *A* para que *B* vá à Flórida, lá sendo morto, não haverá, obviamente, responsabilização no sistema finalista, porque não há o elemento subjetivo, ou seja, *A* vislumbrou a possibilidade de que *B* morresse, mas isso, nem de longe, significa culpa (muito menos dolo). Destaca-

se esse exemplo para que se verifique o absurdo que se propõe quanto à responsabilização de *A*, aplicando-se a moldura finalista ao genro que, sabendo que sua sogra vai de carro ao supermercado, entrega-lhe a chave do veículo, torcendo para que ela sofra um acidente automobilístico ou para que morra em um assalto ao local onde fazia compras.

Obviamente que, dentro de uma aplicação razoável do sistema finalista, os dois casos configurar-se-iam fatos atípicos, assim como o do vendedor do punhal, que não pode responder pelo fato praticado por um terceiro que o comprou, salvo se souber, com certeza, que iria ele matar alguém. O dolo eventual no último caso, ressalte-se, também passa ao largo, pois não assumiu o risco de produzir um resultado em face de uma conduta ilícita praticada, já que vender um punhal, observando-se as regras legais, não se configura uma conduta ilícita, admitindo-se somente o dolo direto, com a absoluta certeza de que o resultado irá operar-se.

No exemplo da ambulância, obviamente, a causalidade do fato foi interrompida. Essa regra, no Direito Penal brasileiro, encontra clara solução, pois a causa superveniente, relativamente independente, que produziu por si só o resultado, impede que o autor do fato antecedente responda pelo resultado decorrente do segundo evento, respondendo apenas por homicídio tentado. Essa regra está expressa não só no Código Penal comum (art. 13, § 1º), de matriz finalista, mas também no Código Penal Militar, orientado pelo causalismo neoclássico (art. 29, § 1º). No mesmo sentido do aqui proposto, Guilherme Nucci, tomando o tradicional exemplo da morte do paciente internado em hospital em razão de um tiro, morte essa provocada pelo incêndio em todo o nosocômio, grafa que a causa relativamente independente "tem força para cortar o nexo causal, fazendo com que o agente responda somente pelo que já praticou. No exemplo supramencionado do fogo no hospital, trata-se de evento imprevisível pelo agente, de modo que, mesmo tendo produzido o motivo que levou a vítima ao nosocômio (dando-lhe um tiro), não deve responder pelo resultado mais grave, fora do alcance de sua previsibilidade. O incêndio não se encontra, nas palavras de De Marsico, na 'linha evolutiva do perigo', razão por que serve para cortar o nexo causal"**[347]**.

Na entrega de tóxicos, obviamente, o traficante não deve responder pelo homicídio. Em primeiro lugar, cabe lembrar que a conduta foi praticada pelo usuário da droga, sem nenhuma causa que o torne inimputável no exemplo versado, o que afasta a existência de homicídio, e sim de suicídio. Também não está claro se o usuário não aguentava mais sua vida e decidiu dela dar cabo ou se houve uma overdose acidental, donde devem ser aventadas as duas hipóteses: a) caso tenha havido a conduta intencional de suicídio, não poderá haver a participação do traficante em homicídio, já que não existiu o fato principal de homicídio, e sim de suicídio; o traficante, portanto, se estiver dentro de sua previsibilidade a overdose voluntária, deverá responder por tipo penal específico, atrelado ao suicídio (art. 122 do CP ou art. 207 do CPM); b) caso haja a overdose acidental, afasta-se a possibilidade de suicídio e duas consequências podem ocorrer: b1) se o traficante sabia da excessiva e letal quantidade a ser consumida, tendo certeza do evento morte futuro, sem que o usuário tivesse essa consciência, a hipótese é, sim, de homicídio; b2) caso a morte do usuário, que também não sabia que a dose era letal, não estivesse compreendida como linha evolutiva do perigo, como acima escrito, haveria, em relação à sua morte, fato atípico para o traficante, mesmo porque seu dolo – e sua venda de droga foi dolosa – não compreendia o resultado morte, não podendo ele, em face do princípio da culpabilidade, responder pelo resultado.

Em conclusão, portanto, o funcionalismo penal, principalmente nas conformações de Roxin e Jakobs, não pode ser acolhido como uma base sólida, dada sua fluidez conceitual enfeixada com a concepção de finalidade da pena de cada pessoa. Uma pesquisa centrada nesse sistema correria o risco de, no dia seguinte à sua conclusão, perder a atualidade em face da mudança de concepção dos fins do Direito Penal pela aplicação da pena. Isso não impede, no entanto, que alguns postulados de seus maiores teóricos, de forma pontual, sejam acrescidos às concepções do finalismo, que, em nossa opinião, deve ser eleito, com suas implicações, como modelo reitor do Direito Penal na atualidade, restando apenas verificar se esse sistema pode, também, reger o Direito Penal militar.

D) O Direito Penal Militar e a possibilidade de aplicação de uma moldura finalista

Tanto o modelo finalista, adotado pelo Código Penal comum, como o causalista, adotado pelo Código Penal Militar, repousam em bases ontológicas. Embora com diferentes motes, sempre se busca em ambos os sistemas uma compreensão estrutural do delito, variando de acordo com a orientação filosófica reinante.

Agora, tomando por premissa que o modelo mais acertado, embora não perfeito, é o modelo finalista, seria possível impor a um Direito Penal orientado por um Código causalista os dogmas trazidos pelo finalismo?

A resposta é em sentido afirmativo e, embora as dificuldades não sejam poucas, pode ser formulada de maneira bastante simples, tendo por premissa, como já mencionado acima, o fato de a legislação penal não adotar expressamente um modelo nem, por consequência, definir crime. Em outros termos, o conceito analítico de crime não está atado à legislação penal, que pode surgir sob influência desse ou daquele modelo. É fruto, isso sim, de construção dogmática, transcendente à letra da lei, que deve esforçar-se para solucionar o maior número de casos possíveis, sob a orientação de determinada política criminal.

Por óbvio, o *ius positum*, no que concerne ao conceito analítico de crime, pode até tornear certos dispositivos, indicando, no Código Penal comum ou no Código Penal Militar, determinadas direções a serem seguidas, como acima apontado. Todavia, há grande gama de conceitos jurídicos indeterminados, que admitem a compreensão ajustada aos novos dogmas trazidos pela doutrina.

In exemplis, o Código Penal Militar, ao definir a infração penal dolosa e culposa, nos incisos I e II de seu art. 33, o faz sob a rubrica “culpabilidade”, indicando claramente, como visto, que do enfoque por ele adotado a ação é causal, enquanto a culpabilidade é psicológico-normativa. Isso, entretanto, não obsta a análise de uma ação, em face de um episódio em tese configurador de crime militar, com os contornos que hoje a caracterizam. Entenda-se, a ação (conduta), para possibilitar o início da investigação do delito pelo fato típico, deve ser considerada com seu conteúdo subjetivo (dolo ou culpa), mesmo porque não há no Código Penal Militar um conceito legal de ação (ou mesmo de conduta).

Dessa forma, sustenta-se que é perfeitamente possível a aplicação de dogmas finalistas, ou de qualquer outro modelo que venha a ser mais bem considerado – o que não é o caso do funcionalismo, como demonstrado –, em uma moldura causalista, sob pena de responsabilização penal descompassada com a moderna teoria do fato punível, divorciada, em vários pontos, do heroico princípio da culpabilidade. Essa aplicação, deve-se anotar, encontrará limites na lei, salvo se construção específica cotejando o CPM à Constituição levar à conclusão pela não recepção do dispositivo. Voltando ao exemplo do art. 33, apesar de grafar a rubrica "culpabilidade", indicando onde o dolo e a culpa devem ser alocados, não se trata de um mandamento legal, mas da simples definição de culpa e dolo, podendo haver, perfeitamente a adoção desses conceitos legais quando do estudo do fato típico. A situação não é tão pacífica, no entanto, no que concerne à sistemática adotada pelo CPM para o erro jurídico penal, que no CPM apresenta-se sob as formas de erro de direito (art. 35) e erro de fato (art. 36), sendo, como regra, impossível o traslado do erro de proibição e do erro de tipo do Código Penal comum para os crimes militares, exceto se versarmos uma construção em que os artigos não tenham sido recepcionados pela Constituição Federal, como parece ocorrer com o erro de direito, que veremos adiante.

2.1.3.6. Elementos do conceito analítico de crime segundo o finalismo

Como se viu até agora, sobrevivendo às críticas e sofrendo algumas alterações que não o desnaturam por completo, o finalismo tornou-se "a nova ordem na dogmática penal", influenciando o Direito Penal em todo o mundo, e particularmente no Brasil a reforma da Parte Geral do Código Penal comum, circunstância que não atingiu o Código Penal Militar.

Apesar disso, entendemos como possível o estudo do crime militar segundo os postulados da visão finalista e, por essa razão, consideramos fundamental o estudo detido da teoria geral do delito, mormente dos elementos constitutivos do conceito analítico de crime, centrado no modelo finalista, o que faremos doravante, mas sempre fazendo a comparação com a estrutura causal do CPM. É preciso entender, também, que o modelo finalista puro, conforme idealizou Welzel, é difícil de ser encontrado na doutrina penal, porquanto vários

outros estudiosos buscaram contribuir para aperfeiçoar o modelo, havendo até mesmo segmento que sustenta a inauguração de novos modelos penais, sem que se negue, no entanto, a principal contribuição do finalismo: a sedimentação da ideia de que a conduta objeto do estudo no Direito Penal é aquela colorida pelo elemento subjetivo, indicando uma direção final.

Antes de ir aos elementos do conceito finalista, todavia, devemos ratificar que o crime é realidade única, indivisível faticamente. É fenômeno material que não se pode desmembrar.

Por outro lado, a compreensão exata do delito exige, sob o enfoque didático, o seu desmembramento nos elementos (ou, como prefere Mirabete**[348]**, características) que o constituem, surgindo, pois, os elementos integrantes do crime, sob um conceito analítico. Advertimos que alguns preferem falar em *requisitos genéricos do crime*, referindo-se aos elementos estruturais do delito (tipicidade, antijuridicidade e, para alguns, culpabilidade), e *em requisitos específicos do crime*, referindo-se aos elementos estruturais do tipo penal (de ordem descritiva, normativa e subjetiva)**[349]**, que veremos adiante.

A) Tipo de injusto: o fato típico

Iniciando nosso estudo detido, deve-se entender a abrangência da expressão "injusto penal" (ou tipo de injusto), que se caracteriza pela tipicidade (em sentido amplo) sem excludentes de antijuridicidade. Em outros termos, o injusto é tipicidade antijurídica.

Nota-se, portanto, que não se pode confundir o tipo de injusto com o *tipo penal* (ou *tipo legal*), entendido como descrição abstrata dada pelo legislador que, ao ser preenchida pelo fato real, configura a tipicidade (definida, dessa forma, como subsunção exata do fato à descrição penal, ao tipo).

Também, para os adeptos da teoria tripartida ou tricotômica, não se confundem tipo de injusto (ou *injusto típico*) e *tipo do delito* ou do *crime*, que se caracteriza por ser *tipo do injusto culpável* (dotado de culpabilidade). Sintetizando a estrutura tripartida, Bitencourt afirma que "crime é o injusto culpável"**[350]**.

O estudo do tipo de injusto deve ser iniciado pela tipicidade. Tal estudo, todavia, deve ser precedido da compreensão da ação humana e da relação de causalidade, indissociáveis da análise pretendida.

Cumpre consignar que há segmento doutrinário, como já esboçamos, que chega a isolar a ação humana como um quarto elemento do conceito analítico, em uma *estrutura quadripartida* do crime. Outros sustentam que o *fato típico* (ou *tipicidade*, *em sentido lato*) pode, para o estudo analítico, ser desmembrado em *conduta* (ou ação humana, expressão que deve englobar tanto a comissão como a omissão), *resultado* (nos crimes materiais), *nexo causal* e *tipicidade* (aqui vista em sentido estrito)**[351]**.

De qualquer modo, parece conveniente dedicar algumas linhas ao estudo da *ação humana* e da relação de causalidade dela com o *resultado do crime*, para só então passar ao estudo do tipo legal (ou tipicidade em sentido estrito).

a) Ação humana

O fato criminoso, por ser calcado em norma abstrata, requer para a sua configuração a prática de uma ação (ou a não prática dela, quando assim exige a lei), visto que o Direito não pode cuidar, proibindo ou exigindo que se aja, de situações irracionais, sem que haja a possibilidade de deliberação em face do conteúdo da norma penal.

Em outras palavras, somente o ser humano pode cometer crime (de forma comissiva ou omissiva), pois "uma proibição dirigida à neve, de não se aglomerar numa avalancha, não teria o menor sentido nem preencheria qualquer finalidade, tal qual uma proibição dirigida à raposa, para que deixasse de roubar gansos"**[352]**.

A ação humana, dessarte, é a gênese do crime: *nullum crimen sine actione***[353]**. Por essa razão, a dogmática penal dedica algum tempo ao seu estudo, o que pretendemos explanar conforme algumas teorias que ganharam notoriedade, lançando mão, inclusive, de concepções já explanadas quando do estudo dos modelos penais.

— Teoria causal da ação

Foi justamente o conceito de ação que rendeu a Von Liszt e outros o agrupamento no modelo penal intitulado *causalismo*, denominado por Welzel sistema clássico de Liszt-Beling-Radbruch, mais tarde acrescido pelas contribuições.

Para esse seguimento, como vimos ao estudar os modelos causais, após uma concepção causal-natural chegou-se a uma teoria causal-valorativa, segundo a qual ação "é a causação do resultado por um ato de vontade. Este se apresenta como movimento corpóreo voluntário, isto é, com tensão (contração) dos músculos, determinada não por coação mecânica ou psicofísica mas por ideias ou representações, e efetuada por inervação dos nervos motores. O movimento corpóreo e o resultado constituem, pois, os dois elementos igualmente importantes da ideia de ação como comissão"**[354]**.

No magistério de Assis Toledo, a ruína do modelo causalista se iniciaria com a descoberta dos elementos anímicos nos delitos de intenção, ao que se somou a sanha antipositivista, iniciada pelo neokantismo e ratificada nas novas correntes de pensamento encontradas na primeira metade do século XX. Adverte ainda o mestre que a evolução da teoria da ação não significou a simples negação do causalismo, mas sim o acréscimo de elementos ao modelo causal, notadamente a finalidade, elemento psíquico da ação que não foi cunhado por Hans Welzel, apresentando antecedentes com Franz Brentano, que buscou diferenciar na ação fenômenos físicos dos psíquicos, aos quais chamou de intencionalidade**[355]**.

Como já consignado, os dispositivos legais do Código Penal Militar levam à conclusão pela adoção dessa teoria, mormente o art. 33, que aloca o dolo e a culpa na culpabilidade, e não no fato típico, atrelados à conduta.

— Teoria finalista da ação

A teoria finalista da ação, proposta pela primeira vez por Hans Welzel, em 1931, como vimos, trouxe verdadeira revolução no Direito Penal. Dizia ele que "toda ação com significação penal é uma unidade formada por elementos objetivos e subjetivos (de fato e vontade); sua realização ocorre em forma

distinta: como comissão (perpetração) ou omissão em um grau distinto: como preparação, tentativa ou consumação”. E prosseguia afirmando que “toda vida social se estrutura sobre a atividade finalista. Pressupõe que o homem pode propor-se a fins, vale dizer, objetivos futuros, elegendo os meios necessários para sua obtenção, e colocá-los em atividade... o Direito Penal se ocupa de ações apenas no sentido desta atividade finalista”**[356]**.

Em suma, portanto, em todo comportamento humano meramente causal, desprovido de finalidade, não pode o Direito Penal imiscuir-se, devendo tal comportamento ser excluído de seu objeto de apreciação.

O elemento final da ação, a vontade consciente, compreende, como também já exposto, três momentos, a saber, a antecipação do fim, a seleção dos meios de execução e a consideração dos efeitos colaterais necessários e possíveis. Em outros termos, primeiro o autor do delito se propõe a um fim, a partir do que seleciona o meio para atingi-lo, e tal seleção tem como atributo a verificação ou representação de consequências inevitáveis ou prováveis.

Já nos posicionamos acerca da inafastabilidade do modelo finalista. Não se admite, hodiernamente, a responsabilização penal por mera atitude causadora de um resultado típico, desprovida do elemento final, conclusão que, a despeito de sua clareza e precisão, não obstou severas críticas ao modelo.

Talvez a crítica mais severa ao modelo finalista de ação seja a alegação de que tal entendimento não explicaria os delitos culposos e tampouco os delitos de omissão. Como exigir a antecipação de um resultado para agir em um crime culposo, mormente na culpa inconsciente, em que a possibilidade do resultado nem sequer passa pelo raciocínio do agente? Como ficaria a mesma antecipação nos crimes omissivos?

Quanto aos delitos culposos, deve-se lembrar, antecipando o que aduziremos, que o desvalor repousa principalmente na ação: não na ação direcionada a um resultado, mas sim na ação finalisticamente dirigida à quebra do cuidado objetivo exigido ou do risco permitido. Dessa forma, a ação culposa também é final: não em razão do resultado, mas pela quebra de dever objetivo de cuidado ou do dever de limitação ao risco permitido. Acrescenta Bitencourt que, em sede última, o modelo finalista de ação nos crimes culposos restringe-se

à seleção de meios, visto que "o fim pretendido pelo agente geralmente é irrelevante, mas não os meios escolhidos ou a forma de sua utilização", e exemplifica com Cerezo Mir ao aduzir que "o homem que dirige um veículo e causa, de forma não dolosa, a morte de um pedestre, realiza uma ação finalista: conduzir o veículo. O fim da ação – ir a um lugar determinado – é jurídico-penalmente irrelevante... no entanto, é jurídico-penalmente relevante a forma de utilização do meio se o motorista, por exemplo, o conduz em velocidade excessiva"**[357]**.

No caso da omissão, aduz Cirino dos Santos que deve ela "ser pensada a partir do conceito de ação mandada, como acontecimento social construído pela finalidade de proteger bens jurídicos em situação de perigo: a inexecução da ação mandada por um sujeito capaz de agir para impedir o resultado e proteger o bem jurídico caracteriza omissão de ação"**[358]**. A ação final, portanto, nos crimes omissivos é o não acatamento ante o dever jurídico de agir.

— Teoria social da ação

Afirmam alguns que essa teoria seria ponto intermediário entre a teoria causal e a final. A ação, nessa concepção, é "uma moldura preenchível, às vezes, pelo conceito causal de ação, como causação de resultados socialmente relevantes, e, às vezes, pelo conceito final de ação, como fator formador do sentido da realidade social"**[359]**. Por esse modelo, portanto, tanto o modelo causal como o modelo final não eram suficientes para esgotar a direção da ação, surgindo, pois, a proposta de que um fato considerado normal, correto, justo e adequado socialmente não pode ao mesmo tempo significar injusto penal, não sendo passível de consequências penais**[360]**. Nesse sentido, a lesão, e. g., causada na orelha de filha recém-nascida pela colocação de brincos não constituiria ação humana típica, uma vez que há a irrelevância da conduta, indistintamente praticada no seio social.

A grande crítica a refutar a presente teoria diz respeito à enorme dificuldade em classificar condutas em adequadas ou inadequadas socialmente, levando Francisco de Assis Toledo a afirmar que, pela "vastidão de sua extensão, se presta para tudo, podendo abarcar até fenômenos da natureza, pois não se há de negar 'relevância social' e jurídica à mudança do curso dos rios, por 'ação' da

erosão, com repercussão sobre os limites das propriedades"[361].

Em suma, a inexatidão da teoria em relevo recomenda cautela em sua adoção, porquanto poderíamos estar diante de fatos não compreendidos pelo modelo final, divorciados da ação humana, socialmente inadequados, requerendo, dessarte, a apreciação do Direito Penal.

— Outras teorias da ação

A nosso ver, inevitável é o reconhecimento da teoria finalista como modelo adequado de ação a solucionar os problemas apresentados. É de notar que, a começar pela avaliação da ação no fato típico, os casos em espécie podem, já em primeira análise, ser afastados como crime, por não apresentarem a ação dotada de seus elementos psíquicos. *In exemplis*, o fato de um cão, patrimoniado em Corporação Militar, conseguir desvencilhar-se de seu cubículo, sem que haja contribuição humana, e atacar um transeunte, causando-lhe lesão, não constituirá crime por não se amoldar ao modelo de ação; do mesmo modo, o fato de um motorista de caminhão viatura militar, logo pela manhã, iniciar marcha no veículo, matando alguém que dormira sob ele, não constituirá ação no modelo finalista, desde que fique evidenciado que a vítima não podia ser vista pelo motorista, porquanto extrapola o dever objetivo de cuidado olhar sob o veículo, a fim de verificar se algum infeliz ali pernoitara, compreensão que seria diversa na concepção causal de ação, porquanto nela prescinde-se da investigação do dolo e da culpa.

Apesar disso, convém consignar, de forma sucinta, outras teorias que podem levar o estudioso, por si só, a chegar a uma conclusão sem se adstringir à ora proposta.

Francisco de Assis Toledo adota a *teoria jurídico-penal*, segundo a qual ação "é o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, dirigido para a lesão ou para a exposição de perigo de um bem jurídico, ou, ainda, para a causação de uma previsível lesão a um bem jurídico"[362].

Há também o modelo negativo de ação, de lavra de Herzberg e Behrendt, aplicado sistematicamente por Harro Otto, em que a ação "tem como núcleo fundamental o princípio da evitabilidade, segundo o qual um resultado é

atribuível ao autor, se o direito ordena sua evitação e o autor não o evita, embora possa evitá-lo"**[363]**.

Por fim, citamos o modelo pessoal de ação, decorrência do sistema de fato punível de Claus Roxin, integrante do funcionalismo acima esmiuçado, definindo ação como "manifestação da personalidade, um conceito compreensivo de todo acontecimento atribuível ao centro de ação psíquico-espiritual do homem. A definição de ação como manifestação da personalidade permitiria excluir, por um lado, todos os fenômenos somático-corporais insuscetíveis de controle do ego e, portanto, não dominados ou não domináveis pela vontade humana: força física absoluta, convulsões, movimentos reflexos etc. não constituem manifestação da personalidade; por outro lado, exclui pensamentos e emoções encerrados na esfera psíquico-espiritual do ser humano, porque não representam manifestação da personalidade"**[364]**.

b) Resultado

O resultado, segundo uma visão naturalística, é a alteração do mundo exterior, impulsionada pela conduta do agente. Ocorre que nem todos os delitos preveem por resultado uma alteração física do ambiente, o que leva à necessidade de idealização de outro resultado, o resultado jurídico, traduzido pela consequência jurídica do crime.

Todo crime produz um resultado jurídico, mas nem sempre um resultado naturalístico, o que leva à classificação dos delitos em crimes materiais, formais e de mera conduta.

Crime material consiste naquele em que "há necessidade de um resultado externo à ação, descrito na lei, e que se destaca lógica e cronologicamente da conduta. Esse resultado deve ser considerado de acordo com o sentido naturalístico da palavra, e não com relação ao seu conteúdo jurídico, pois todos os crimes provocam lesão ou perigo para o bem jurídico"**[365]**. Como exemplo, podemos citar o crime de homicídio, capitulado no art. 205 do CPM.

Crime formal é aquele em que "há necessidade de realização daquilo que é pretendido pelo agente, e o resultado jurídico previsto no tipo ocorre ao

mesmo tempo em que se desenrola a conduta... são chamados de crimes de consumação antecipada"**[366]**. Como exemplo, tome-se a concussão, prevista no art. 305 do CPM.

Finalmente, no *crime de mera conduta*, "a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente"**[367]**. Como exemplo citamos a violação de domicílio, capitulada no art. 226 do CPM.

Quando se analisa os delitos buscando classificá-los segundo o resultado, também pode-se dividi-los em crimes de dano e crimes de perigo.

Os *crimes de dano* se consumam apenas com a efetiva lesão do bem jurídico tutelado, como exemplo tome-se novamente o homicídio (art. 205 do CPM).

Nos *crimes de perigo*, ao contrário, antecipa-se a tutela penal; não se exige efetivo dano para sua consumação, podendo referir-se à exposição a risco de apenas um indivíduo ou da coletividade. Os crimes de perigo comportam subespécies, a saber, os crimes de *perigo concreto* e os crimes de *perigo abstrato*. Nos crimes de perigo concreto exige-se a comprovação de geração do risco ao bem jurídico, a exemplo do que ocorre com o delito capitulado nos arts. 270 (exposição de gás tóxico ou asfixiante) e 271 (abuso de radiação), enquanto nos de perigo abstrato, o risco é "presumido pela norma que se contenta com a prática do fato e pressupõe ser ele perigoso..."**[368]**, a exemplo do que se dá com o delito de abandono de posto, previsto no art. 195 do CPM.

Como bem alertam Gustavo Junqueira e Paulo Fuller, "Há muito se diz da inconstitucionalidade do crime de perigo abstrato, com a alegação de sua incompatibilidade com a noção material de crime, própria de um direito penal democrático. Argumenta-se assim que a presunção do perigo impõe ao sujeito algo (ruptura do tecido social) que não fez (presume-se que fez), e, assim, pune-se além do limite da culpabilidade. Argumenta-se ainda que tamanha antecipação da intervenção penal não se compatibiliza com os limites da subsidiariedade e fragmentariedade, bases de um direito penal democrático, sendo possível a regulação suficiente de tais condutas em searas diversas, como a civil e a administrativa"**[369]**.

Os autores, ademais, colhem na doutrina possíveis soluções para a questão.

A primeira delas seria a negação absoluta da constitucionalidade de tais crimes, sendo forçosa a "descriminalização de todas as condutas punidas a título de perigo abstrato, por incompatíveis com um Direito Penal Democrático. A antecipação da intervenção, pela desproporcionalidade com a lesão social causada, torna ilegítima a apenação, por gerar maior violência que a que busca evitar"[370]. Essa compreensão, obviamente endereçada ao legislador, sendo portanto afeta à política criminal, não solve nosso problema, porquanto devemos verificar como se pode contemporizar a questão no âmbito da práxis, dos operadores do Direito Penal. Nesse sentido, para os adeptos dessa visão, a compreensão pela inconstitucionalidade e, consequentemente, pela atipicidade do fato, seria certa e inafastável.

Outra solução trazida pelos autores diz respeito a uma alteração de compreensão acerca da criminalização. Entendendo que certos bens, por mais abstratos que sejam, comportariam uma efetiva lesão, e não só a ameaça. Assim, tomando como exemplo os crimes relacionados às armas de fogo, trazidos pela Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o "porte de arma deixa de ser entendido como crime de perigo e passa a ser visto como crime de dano. Dano a que bem jurídico? Ao bem jurídico 'nível satisfatório de segurança pública', a que todos teriam direito, inclusive com previsão constitucional. Afastadas as críticas aos crimes de perigo abstrato e explicada a constitucionalidade dos tipos, preserva-se o escopo preventivo pelo prisma formado nos termos comuns ao ideário de um Direito Penal moderno e democrático"[371].

Na nossa compreensão, as duas soluções apresentam riscos inafastáveis.

Iniciando pela segunda vertente, a concepção por um bem jurídico ideal capaz de ser lesionado de forma plena, ainda que imaterialmente, é preocupante e conduz a um perigoso retrocesso, possibilitando, de fato, a lesão a princípios limitadores da intervenção penal, conquistados a duras penas no Estado Democrático de Direito. Essa visão, há que se ressaltar, alcançaria os delitos

contidos no chamado Direito Penal clássico, de vertente extremamente repressora, que deve ser contido em nome da busca do equilíbrio de forças.

Por outro foco, a mera descriminalização ou, no plano prático, a conclusão pela inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, também não satisfaz em tempos atuais. No chamado Direito Penal da sociedade pós-industrial, o recurso a delitos de perigo, inclusive abstrato, é um fenômeno mundial, compondo a chamada expansão do Direito Penal. Reduz-se, em face dos novos desafios tecnológicos, a tolerância aos riscos, diminuindo o universo do que se considera risco permitido, antecipando, portanto, a tutela penal para prevenir tais riscos. Às consequências desse novo enfoque se refere muito bem Silva Sánchez:

"Tudo isso evidencia que, inegavelmente, estamos destinados a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação individual – pelas necessidades de cooperação e de divisão funcional – alcançou níveis até agora desconhecidos. Sem embargo, a profunda correlação das esferas de organização individual incrementa a possibilidade de que alguns desses contatos sociais redundem na produção de consequências lesivas. Dado que, no mais, tais resultados se produzem em muitos casos a longo prazo e, de todo modo, em um contexto geral de incerteza sobre a relação causa-efeito, os delitos de resultado/lesão se mostram crescentemente insatisfatórios como técnica de abordagem do problema. Daí o recurso cada vez mais frequente aos tipos de perigo, assim como sua configuração cada vez mais abstrata ou formalista (em tempos de perigo presumido)"**[372]**.

Embora a construção acima diga respeito aos crimes da pós-modernidade, a exemplo dos crimes ambientais, *cybercrimes* etc., inegável que a temática acerca do crime de perigo abstrato é atual e deve ser enfrentada.

Mas se as duas soluções idealizadas, sem prejuízo da construção de outras, como a existência de um Direito Penal de duas velocidades, apresentam defeitos, como enfrentar a questão, e, agora, mais especificamente, sob o enfoque do Direito Penal Militar?

Não há resposta objetiva a essa questão.

Em verdade, somos partidários da ideia de que os crimes de perigo

abstrato não podem ser afastados por completo, não só em face do Direito Penal da pós-modernidade, mas também em algumas condutas tidas como clássicas, inclusive do Direito Penal Militar. Por outra via, não nos parece conveniente a expansão desmedida do Direito Penal clássico, a ponto de todo crime sofrer uma antecipação de intervenção desmedida.

A solução, portanto, deve ficar, sem prejuízo de novas elucubrações no futuro, a cargo do intérprete, do aplicador da norma penal militar, que deve fazer a análise do tipo de acordo com a conduta nuclear e com o bem jurídico tutelado, tendo como pano de fundo um respaldo constitucional. Assim, por exemplo, nos crimes contra a disciplina e a autoridade militar, valores consagrados constitucionalmente pela previsão de que a disciplina e a hierarquia são as bases organizacionais das Forças Armadas (art. 142 da CF) e das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares (art. 42 da CF), algumas ameaças de lesão a esses valores, ainda que configurada abstratamente, devem ser evitadas pela intervenção penal.

Outro ponto interessante no estudo do resultado do crime diz respeito à tentativa.

Em geral, há um caminho percorrido pelo agente para consumar o crime (*iter criminis*), fracionado em etapas a serem preenchidas, a saber, a cogitação (*cogitatio*), os atos preparatórios (*conatus remotus*), a execução (*conatus proximus*) e a consumação (*meta optata*).

Todavia, nem sempre a consumação é alcançada; se tal imperfeição ocorrer por razões alheias à vontade do agente, teremos a tentativa.

Vejamos os dispositivos do Código Penal Militar afetos à discussão:

"Art. 30. Diz-se o crime:

I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, podendo o juiz, no caso de excepcional

gravidade, aplicar a pena do crime consumado".

Verifica-se, assim, que os elementos da tentativa são o início da execução, a não consumação e a interferência de circunstâncias alheias à vontade do agente.

O primeiro problema, dessa forma, está em definir o exato momento em que a execução se inicia. Para explicar o início da execução existem três critérios: a) *lógico-formal* – o princípio da execução coincide com o início de uma atividade típica, centrando-se, portanto, na atividade inerente ao verbo nuclear do tipo; b) *subjetivo* – considera o momento interno do autor, não importando averiguar se o tipo foi parcialmente realizado, mas sim se há subjetivamente a vontade de realização do tipo; c) *misto* – busca temperar as duas posições anteriores.

Assentimos na posição de Capez, que diz ser correta a adoção do critério *lógico-formal*, em observância ao princípio da legalidade, que veda o entendimento de início de execução senão quando houver "ato idôneo para a consumação do delito"**[373]**.

A tentativa pode ser *imperfeita* (há interrupção dos atos executórios), *perfeita* ou *acabada* (o agente pratica todos os atos de execução do crime, mas a consumação não se alcança por motivos alheios à sua vontade), *branca* ou *incruenta* (a vítima não é atingida, nem sofre ferimentos) e *cruenta* (a vítima é atingida, havendo lesão). Essas espécies devem ser levadas em consideração pelo juiz no momento de dosar a pena.

A pena da tentativa, no Código Penal comum, obedece à *teoria objetiva* ou *realística*, segundo a qual a redução da pena é obrigatória, uma vez que se produziu mal menor que o crime consumado**[374]**.

O Código Penal Militar, no entanto, ainda que tenha adotado a *teoria objetiva* como regra, com redução de um a dois terços em relação ao crime consumado, permite, em casos extremos, que seja atribuída ao autor a pena do crime consumado. Por exceção, pois, consagrou a *teoria subjetiva*.

A doutrina, embora entenda ser correto dosar a pena da tentativa em

escala menor que a do crime consumado, reconhece haver aqui responsabilidade penal objetiva, pois o autor não é responsabilizado de acordo com sua culpabilidade, mas objetivamente em razão da extensão menor da lesão ao bem jurídico tutelado.

Em uma visão minimalista, todavia, inviável é a punição da tentativa com a mesma pena do crime consumado, parecendo ser essa a tônica empregada pelas Justiças Militares, pois tal possibilidade, observa Jorge César de Assis, "de cunho draconiano, não vem sendo aplicada modernamente, estando derrogada pelo *desuetudo*"**[375]**.

Malgrado a recomendada visão de Jorge César de Assis, é possível encontrar julgado que não afasta a possibilidade de a tentativa sofrer pena idêntica à do crime consumado. É o caso do Acórdão proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 94.912/RJ, julgado em 20 de outubro de 2009, sob a relatoria do Ministro Carlos Britto:

"*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL MILITAR. HOMICÍDIO TENTADO. APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O HOMICÍDIO CONSUMADO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 30 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE. 1. No mais forte reconhecimento do postulado da proporcionalidade entre o tamanho da pena e a gravidade do crime, o Código Penal estabelece que a reprimenda para os crimes tentados é menor do que a cominada para os delitos consumados. Nesse rumo de ideias, a doutrina é firme no sentido de que a definição do percentual da redução da pena levará em conta o *iter criminis* percorrido pelo agente. 2. Em que pese a importância para a jurisdição constitucional da discussão quanto aos limites da intervenção penal, a causa é de ser resolvida sob o enfoque infraconstitucional. É que a leitura dos autos evidencia a inadequação do uso da parte final do parágrafo único do art. 30 do CPM. Isso porque, ao contrário do afirmado pela denúncia, uma eventual incapacitação da vítima para o trabalho não veio a ocorrer. A vítima recuperou-se da gravidade da agressão física sofrida, continuando, inclusive, a exercer as suas atividades, para as quais continua plenamente capaz. 3. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para cassar a decisão proferida pelo Superior

Tribunal Militar e determinar que um novo acórdão seja proferido, observando-se, na fixação da pena, a aplicação da diminuição prevista para a modalidade tentada de homicídio".

Note-se que pela ementa transcrita o v. Acórdão não negou a aplicação do parágrafo único do art. 30 do CPM, mas apenas o entendeu "inadequado" no caso concreto.

Preferimos, com o devido acato, a visão de Jorge César de Assis.

Deve-se, ademais, lembrar que a tentativa é inviável em algumas espécies de delitos, como os crimes unissubsistentes, ou seja, que se aperfeiçoam com um único ato, não permitindo o fracionamento do momento executivo, a exemplo do crime de penetração com o fim de espionagem (art. 146 do CPM). Os crimes omissivos próprios, a exemplo do crime de omissão de eficiência da força (art. 198 do CPM), também não admitem tentativa. Os crimes culposos – a exceção da culpa imprópria e a discutível questão do crime do art. 324 do CPM que, apesar de prever forma culposa, consiste em crime de dano –, da mesma forma, não admitem tentativa, como no caso do crime de lesão corporal culposa (art. 210 do CPM). Também não admitem tentativa os crimes de atentado, ou de consumação antecipada, compreendidos como "aqueles que a lei tipifica como perfeitos, ainda que não cheguem a ofender o bem objeto de tutela. Não admitem a forma tentada porque, neles, a consumação se faz com aquele mínimo necessário para integrar a tentativa"**[376]**. Como exemplo tome-se o crime de explosão (art. 269 do CPM), que possui como conduta nuclear o verbo "provocar", mas também a expressão "tentar provocar" explosão, evidenciando que a forma tentada, em verdade, se considera uma hipótese consumada. Finalmente, os crimes preterdolosos, a exemplo da disposição do art. 159 do CPM, não admitem tentativa.

No contexto em estudo, ainda são figuras importantes de serem esmiuçadas a desistência voluntária, o arrependimento eficaz, o arrependimento posterior e o crime impossível.

A desistência voluntária e o arrependimento eficaz estão previstos no art. 31 do CPM, com igual concepção do art. 15 do CP comum. Assim dispõe o citado dispositivo penal militar: "O agente que, voluntariamente, desiste de

prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados".

São institutos diversos da tentativa, já que nesta a interrupção do *iter criminis* impedindo a consumação se dá por motivos alheios à vontade do agente, enquanto nos institutos em foco, o agente voluntariamente busca impedir o curso no caminho da consumação.

Embora previstos no mesmo dispositivo penal militar, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz (também conhecidos como *tentativa abandonada* ou *qualificada*) não se confundem, sendo conveniente na distinção trazer as lições de André Estefam:

"Desistência e arrependimento são figuras distintas. A desistência pressupõe tenha o agente meios para prosseguir na execução, ou seja, ele ainda não esgotou o *iter criminis* posto à sua disposição (ex.: sua arma possui outros projéteis, mas ele desiste de dispará-los). No arrependimento, subentende-se que o sujeito já tenha esgotado todos os meios disponíveis e que, após terminar todos os atos executórios (mas sem consumar o fato), pratica alguma conduta *positiva*, tendente a evitar a consumação (ex.: o sujeito descarregou a sua arma e, diante da vítima agonizando, arrepende-se e a socorre)"**[377]**.

Dessa forma, verificada a voluntariedade e a eficiência da atuação do agente, teremos uma causa que impedirá a adequação típica, mesmo da tentativa, respondendo o agente por infração penal apenas que subsuma os atos que praticou. Caso um militar do Estado, por exemplo, de serviço, utilize-se de uma arma que porta ilegalmente (uma arma furtada, e. g.) e, com essa arma desfira dois tiros em uma pessoa, errando seu alvo, caso desista de sua empreitada mesmo possuindo outras munições intactas, capazes de serem acionadas contra a vítima, não responderá pelo homicídio tentado, mas apenas pelo crime de porte ilegal de arma, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

No art. 16 do Código Penal comum, tem-se a figura do arrependimento posterior, com a seguinte redação: "Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o

recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços".

Obviamente, trata-se de um arrependimento que não se tornou eficaz, ou, do contrário, teríamos a figura do arrependimento eficaz, acima estudado. O arrependimento posterior no CPM não possui um dispositivo específico na Parte Geral, a exemplo do que faz o Código Penal comum, em seu art. 16, mas, inequivocamente, é possível sua avaliação, seja nas circunstâncias judiciais, na primeira fase da aplicação da pena, definindo a pena-base, seja, alternativamente, na segunda fase, pela incidência das circunstâncias atenuantes, visto que a alínea *b* do inciso III do art. 72 dispõe que quem comete o delito e procura por sua espontânea vontade e com eficiência – sem ser obviamente eficiente, pois senão haveria arrependimento eficaz –, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou tenha, antes do julgamento, reparado o dano será beneficiado por uma circunstância atenuante. No Código Penal Castrense também há disposição especial acerca do arrependimento posterior, como ocorre no peculato culposo (art. 303, § 4º, do CPM), em que o arrependimento posterior, caracterizado pela reparação do dano, pode funcionar como causa de extinção da punibilidade se preceder a sentença irrecorrível, ou causa especial de diminuição da pena pela metade se posterior a ela.

Por fim, discutamos o crime impossível, também conhecido como *tentativa inidônea*, *quase crime* ou *tentativa inadequada*.

O art. 32 do CPM, a exemplo do art. 17 do CP, dispõe: "Quando, por ineficácia absoluta do meio empregado ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime, nenhuma pena é aplicável".

Facilmente se verificam duas possibilidades de ocorrência de crime impossível: por ineficácia absoluta do meio empregado (ex.: tentar matar alguém com arma de brinquedo) ou por absoluta impropriedade do objeto (ex.: atirar contra um cadáver, pensando que aquela pessoa ainda está viva). Note-se que é preciso que a ineficácia do meio ou impropriedade do objeto sejam absolutas, pois se relativas haverá crime tentado (ex.: acionar uma arma de fogo sem que haja a deflagração das munições ou tentar furtar alguém, que não possua valores no bolso), devendo-se compreender relativas aquelas meramente ocasionais ou

circunstanciais e absolutas as constantes, permanentes[378].

Também constitui causa de atipicidade da conduta, adotando o CPM, a *teoria objetiva* (*temperada*), em vez de uma *teoria simtomática* (o agente neste caso deve receber a aplicação de medida de segurança por sua periculosidade) e de uma *teoria subjetiva* (em razão de o agente ter demonstrado a intenção de praticar o delito, deverá responder como no crime tentado).

Pela *teoria objetiva*, ensina-nos André Estefam, entende-se que "como não houve risco ao bem jurídico, o agente não é punido. Subdivide-se em *objetiva pura*, a qual aplica os princípios do crime impossível a qualquer hipótese de ineficácia do meio ou inidoneidade do objeto material (seja relativa, seja absoluta), e *objetiva temperada*, que somente alcança as hipóteses de ineficácia e inidoneidade absolutas (...)"[379].

Questão interessante está no modo de execução da prisão em flagrante delito levando a um crime impossível.

Costumeiramente, tem-se defendido que um flagrante preparado conduz inexoravelmente a um crime impossível, levando, em consequência à inexistência de aqdequação típica.

Embora polêmica a matéria, deve-se ter em foco que a constatação de um crime impossível, em razão de um flagrante preparado, não está somente na atuação do agente provocador na vontade do autor do fato configurador de infração penal, mas principalmente na possibilidade ou não de consumação do delito.

No plano doutrinário, é possível encontrar visões que concentram a análise na atuação da vontade do preso. Em primeiro aporte, Guilherme Nucci aduz sobre o flagrante preparado: "Trata-se de um arremedo de flagrante, ocorrendo quando um agente provocador induz ou instiga alguém a cometer uma infração penal, somente para assim poder prendê-lo. Trata-se de crime impossível (art. 17, CP), pois inviável a sua consumação. Ao mesmo tempo em que o provocador leva o provocado ao cometimento do delito, age em sentido oposto para evitar o resultado. Estando totalmente na mão do provocador, não há viabilidade para a constituição do crime"[380].

Também nesse sentido, parece entender Tourinho Filho: “Diz-se que há flagrante preparado quando são tomadas providências para que a pessoa que vai praticar a infração não perceba que está sendo vigiada. Daí a Súmula 145 do STF: ‘Não há crime, quando a preparação pela polícia torna impossível sua consumação’. (...). Fala-se em delito putativo por obra do agente provocador. O delito não saiu da vontade do agente...”**[381]**.

Como se percebe, os dois autores acima possuem como visão comum a atuação do agente provocador sobre o provocado, pela indução ou instigação, agindo sobre a vontade direta do agente provocado.

Entretanto, ultrapassando a questão de atuação na vontade do agente, há outra visão doutrinária que prefere centrar a análise na possibilidade ou não de consumação do delito. Em outras palavras, para esses doutrinadores – mais corretos em nossa visão – a preparação do flagrante estaria não na atuação sobre a vontade do provocado, mas na possibilidade real de consumação do delito. Não sendo possível a consumação, o crime seria impossível.

Nesse sentido, de forma muito clara se posiciona o saudoso Mirabete: “A distinção, para nós, não corresponde exatamente ao enunciado da súmula, que não distingue entre flagrante provocado e flagrante esperado, já que se refere a flagrante preparado, ou seja, quando a polícia se arma de meios para efetuar a prisão, que pode ocorrer porque houve induzimento à prática de infração penal (crime provocado), quer porque, por diligências, vigilância, informações etc., sabe que o agente vai praticar o ilícito (crime esperado). *O que é decisivo, como se pode observar da redação do enunciado do STF, é que as providências tornem ‘impossível’ a consumação do crime*. Nessa hipótese há um caso de crime impossível (e não crime putativo), quer por ser inexistente ou impróprio o objeto material que a permitiria (art. 17 do CP). Ninguém negará, por exemplo, que, induzido por alguém, o agente pode burlar o esquema montado pela Polícia para efetuar a prisão, conseguindo a consumação do ilícito (desfechando tiros na vítima, subtraindo a coisa etc.). *Ainda que ‘provocado’ o flagrante, não se tornou impossível a consumação do crime, possibilitando-se a prisão*. (...). *Assim, não importa se se cuida de flagrante ‘provocado’ ou flagrante ‘esperado’; permite-se a prisão se em qualquer das hipóteses houvesse*

possibilidade de consumação; caso contrário a prisão não pode ser efetuada”**[382]**. (g. n.)

A propósito, percebe-se nitidamente que o autor distingue o crime impossível do crime putativo. No crime putativo (ou crime imaginário) o agente supõe por erro que está em prática de um delito, porém, sua conduta constitui-se em fato atípico. “Existe, como se diz na doutrina, um erro de direito às avessas, em que o agente supõe que seu fato é criminoso, quando na realidade não o é”**[383]**. Perceba-se que nesse caso nada há de proximidade com a ineficácia do meio ou a impropriedade do objeto, como exigido no crime impossível.

c) Relação de causalidade

Questão muito relevante para o tipo de injusto, concentrado no fato típico, diz respeito à atribuição do resultado ao seu autor. Surge, pois, o estudo da relação de causalidade, ou simplesmente a causação do resultado.

Já sabemos que a teoria finalista da ação não negou a causalidade, mas acresceu a ela o elemento finalístico. Em outras palavras, a mera causação sem ação final não é relevante penalmente; porém, por outro lado, a simples conduta munida de intenção final, sem que se demonstre ter sido ela a causadora do resultado, também não aproveita ao Direito Penal.

Note-se que a averiguação do liame causal nos crimes comissivos somente pode ocorrer nos crimes materiais, ou seja, os que requeiram para sua consumação o resultado naturalístico. Afasta-se, portanto, a averiguação da relação de causalidade em delitos de mera conduta (ou de atividade) e em delitos formais, respectivamente pela impossibilidade e irrelevância de investigação.

A dogmática buscou o estudo detido da relação de causalidade, chegando a algumas teorias para o estabelecimento de tal liame, as quais passaremos a verificar.

— Teoria da equivalência dos antecedentes (teoria da *conditio sine qua non*)

Formulada inicialmente pelo austríaco Julius Glaser e introduzida na jurisprudência por Von Buri, é a teoria legalmente adotada pelo Código Penal

Militar e pelo Código Penal comum, consistindo na premissa de que "todas as condições determinantes de um resultado são necessárias e, por isso, equivalentes"**[384]**. A técnica para verificar uma condição determinante consiste na eliminação ou exclusão hipotética.

A eliminação hipotética, igualmente fruto da formulação de Julius Glaser, e não de Thyrén**[385]**, traduz-se pelo retrocesso mental dos fatos antecedentes ao resultado final, identificando-os e eliminando-os, hipoteticamente, e, em seguida, perquirindo se o resultado, excluído aquele passo, se produziria tal qual se produziu.

A presente teoria sofreu duras críticas, não só em relação à não satisfação de uma série de problemas, senão também por seu excesso inquestionável, porquanto o retrocesso com exclusão hipotética levaria ao *regressus ad infinitum*, fazendo com que a própria concepção do sujeito ativo se tornasse causa do crime perpetrado.

Para solucionar essa severa e perspicaz crítica, um setor da dogmática assentiu no fato de o elemento subjetivo da conduta ser o dado limitador, sedimentando-se que, "para a responsabilidade criminal do agente, não se exige somente a causalidade objetiva (*imputatio facti*), mas também a causalidade subjetiva (*imputatio iuris*)"**[386]**.

Exemplificativamente, os pais de um homicida não entram na linha de atribuição do resultado, em razão de sua conduta (a conjunção carnal que resultou na concepção) não ser eivada de direcionamento final. O exemplo enunciado parece óbvio; a questão, porém, pode agregar fatos confusos, situados no limite entre atribuição e não atribuição do resultado, como o já mencionado caso do comerciante que, legalmente, vende um punhal ao homicida. Note-se que, sem sombra de dúvida, sua "ação" constitui condição causadora do crime; despida, contudo, de elemento subjetivo, não pode ser considerada "ação" para fins penais.

A solução com *causalidade subjetiva*, todavia, encontra alguma resistência, não por deixar de solucionar questões apresentadas, mas principalmente por significar processo analítico diverso do desencadeado para a determinação do nexo causal. Nesse sentido, ao analisar um de seus

esclarecedores exemplos, Juarez Tavares aduz que a questão de determinado indivíduo ter agido "com dolo ou com culpa não é questão de causalidade, mas de outro setor do tipo"[387].

Como já mencionamos, a teoria da equivalência, com a necessária eliminação hipotética, foi a adotada, a exemplo do Código Penal comum[388], no Código Castrense, notadamente em seu art. 29, que assim dispõe:

"Art. 29. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado. Os fatos anteriores imputam-se, entretanto, a quem os praticou".

Cumpre notar que, ao se estabelecer um critério legal (*causalidade normativa*), impõe-se a *teoria da condição* como a ideal à solução dos problemas causais, o que nem de longe significa ser ela perfeita e irreparável. Isso fomentou inúmeras discussões doutrinárias acerca de casos insolucionáveis pela dita teoria, que abaixo aduziremos.

O § 1º do dispositivo transcrito considera a possibilidade de iniciação de novo liame causal por fato superveniente, previsão que enseja o estudo de uma série de possibilidades, que passaremos a consignar.

Inicialmente, deve-se ter por premissa que as causas[389] podem ser classificadas em independentes e dependentes.

As *causas dependentes* se originam na conduta e se inserem no seu desdobramento causal. O exemplo de Capez é providencial: "na conduta de atirar em direção à vítima, são desdobramentos normais de causa e efeito: a perfuração de órgão vital produzida pelo impacto do projétil contra o corpo humano; a lesão cavitária (em órgão vital); a hemorragia interna aguda traumática; a parada cardiorrespiratória; a morte"[390]. A consequência penal para tal circunstância é, obviamente, o reconhecimento do nexo causal objetivo, devendo ser averiguado o elemento subjetivo, como adverte Juarez Tavares, em

outro setor do fato típico.

As *causas independentes*, por sua vez, desvinculam-se do desdobramento causal da conduta, produzindo o resultado por si sós. “Seu surgimento não é uma decorrência esperada, lógica e natural do fato anterior, mas, ao contrário, um fenômeno totalmente inusitado, imprevisível”**[391]**. Tais causas podem ser subdivididas em *absolutamente independentes* e *relativamente independentes*.

As *causas absolutamente independentes* não se originam da conduta inicial, não tendo com ela relação, e produzem o resultado por si sós. “Sob qualquer consideração, se situam fora do processo causal onde se insere a ação do agente, de modo que se pode dizer que, mesmo que o agente se esforçasse, não poderia intervir em seus efeitos”**[392]**. Como exemplo, cite-se o caso do “barqueiro que, mortalmente ferido, antes que lhe sobrevenha a morte pelo ferimento, morre fulminado por um raio, que faz sossobrar o barco”, ou, ainda, o do militar que, lesionado criminosamente em uma partida de futebol (agressão deliberada fora da peleja), aguardando cuidado médico à margem dos limites do campo, é atingido mortalmente por objeto metálico denominado “lixo espacial”.

Ditas causas podem ser:

a) *Preexistentes* – existem antes da conduta e produziriam o resultado com ou sem a ação, como no caso do militar que desfere tiros em colega de farda, o qual falece não em razão dos disparos, mas sim de intoxicação por veneno, anterior aos disparos; o autor dos disparos responderá por homicídio tentado.

b) *Concomitantes* – as duas condutas coincidem temporalmente na produção do resultado, que poderia produzir-se tanto pela ação de uma como de outra; suponha-se que dois militares decidam envenenar um terceiro, por ocasião do arranchamento; sem que saibam um da conduta do outro, conseguem adicionar veneno em dose letal no suco e na refeição; note-se que, se retirarmos a conduta de *A* ou de *B*, alternativamente, ainda assim o resultado se produziria, indicando a falha da *teoria da condição* para este caso. Trata-se da *dupla causalidade alternativa*, que deve ser solucionada, na indicação de Juarez

Tavares, pela *fórmula da eliminação global*, segundo a qual, "se concorrem para o resultado diversas condições, e uma vez eliminada, alternativa mas não cumulativamente, cada uma delas, o resultado não é eliminado, qualquer delas é considerada causa desse resultado"**[393]**, com o tempero do princípio do *in dubio pro reo*, notadamente quando não se chegar à conclusão exata de qual dose foi a efetivamente letal. Traduzindo, as duas condutas serão causa; se, todavia, se demonstrar que a dose letal partiu de *A*, este responderá por homicídio consumado e *B*, por tentado, ou, quando não se puder estabelecer qual a exata dose, ambos responderão, mesmo com a consumação do crime, por homicídio tentado.

c) *Supervenientes* – verificam-se após a conduta inicial; além do exemplo do barqueiro, em que o autor da lesão mortal responderia por homicídio tentado, e do jogador de futebol, em que o autor da lesão criminosa responderia por lesão corporal consumada, podemos citar: um militar deseja envenenar companheiro de farda, administrando dose fatal de veneno, pouco antes de este deixar as dependências da unidade, como encarregado de guarnição, para o serviço de policiamento ostensivo; poucos metros após a saída do quartel, já sentindo os efeitos da substância, é atingido por disparo de arma de fogo oriundo da arma de um roubador que, ao ver a viatura, pensou haver a iminência de uma reação ao roubo; o militar que administrou veneno responderia por homicídio tentado.

As *causas relativamente independentes*, por sua ordem, originam-se da conduta inicial, tendo com ela relação sem que se alinhem ao desdobramento; do contrário, seriam causas dependentes.

No magistério de Juarez Tavares, "são as que, embora se insiram no processo causal posto em marcha pelo agente, produzem o resultado, sem contar com a interferência de sua ação, no momento em que o resultado se verifica"**[394]**.

Também podem subdividir-se em:

a) *Preexistentes* – existem antes da conduta e somente em razão dela produzem o resultado, como no caso do militar hemofílico atingido por um golpe

de instrumento cortante que produz a morte em razão do seu estado fisiológico. O golpe era insuficiente para matar, mas a hemofilia, por si só, levou ao resultado fatal; o agente responderá pelo homicídio consumado, a menos que não tenha concorrido para ele com dolo (que consiste no conhecimento prévio da condição de hemofílico) ou culpa.

b) *Concomitantes* – as duas condutas coincidem temporalmente – militar atira contra outro militar, que vem a falecer em razão de complicações cardíacas decorrentes do susto. O ataque cardíaco, por si só, produziu o resultado; no entanto, a arritmia foi desencadeada pelo disparo de arma de fogo; o agente também responderá pelo homicídio consumado, a menos que não tenha concorrido para ele com dolo (conhecimento prévio da condição de cardíaco) ou culpa.

c) *Supervenientes* – verificam-se após a conduta inicial. Exemplo: o militar que, ferido por outro militar, ao ser socorrido falece a caminho do hospital, em razão de traumatismo craniano decorrente de acidente automobilístico envolvendo a ambulância; por expressa disposição legal (art. 29, § 1º, do CPM), o sujeito ativo da primeira lesão não poderá responder pelo fato consumado, mas apenas por tentativa de homicídio, se havia o *animus necandi*, ou lesão corporal consumada.

Uma vez entendido o raciocínio sobre a eliminação hipotética e firmadas as premissas das causas preexistentes, concomitantes e supervenientes, absoluta ou relativamente independentes, cumpre agora enumerar alguns problemas, trazidos pela doutrina, nos quais a teoria em relevo parece falhar abruptamente.

Além da já citada *dupla causalidade alternativa*, há que indicar a insuficiência da teoria da condição em determinar a relação de causalidade nos casos *em que o resultado ocorreria de qualquer modo*, como no exemplo do médico que, verificando o quadro irreversível de paciente terminal, decide desligar aparelhagem que o mantinha vivo. Nesse caso, a exemplo da *dupla causalidade alternativa*, a eliminação da conduta do médico não impediria o resultado morte, o que levaria à conclusão de que não poderia ser considerada causa. A solucionar esse problema, a doutrina lança mão do *princípio da*

alteração exterior, segundo o qual "haverá causalidade quando se produzir, por qualquer motivo, uma alteração no mundo exterior, sem consideração a que, se eliminada a condição, o resultado também seria ou não excluído"**[395]**. Lembra o mestre Juarez Tavares que, também nesse caso, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*, a imputação não pode ser fruto de prognóstico do magistrado, devendo, sim, ser demonstrado que o resultado (antecipado ou agravado) decorre inequivocamente de uma *sobrecarga de causalidade***[396]**.

As decisões corporativas são outro obstáculo para a teoria da condição. Tome-se o exemplo de Capez em que "uma empresa, por meio de um órgão colegiado de vários diretores, decide lançar um produto que provoca danos ao meio ambiente. Qualquer um dos votantes poderia dizer que, ainda que não tivesse votado, os demais o teriam feito, de modo que, mesmo eliminada sua conduta, ainda assim o resultado teria ocorrido"**[397]**. Para esses casos, Roxin defende a aplicação da *causalidade cumulativa*, solucionando-se como no caso do princípio da alteração exterior, o que deve ser temperado também pelo princípio do *in dubio pro reo*, a indicar que não basta estar na deliberação sem que haja perfeita indicação de cada uma de suas condições**[398]**.

Por fim, há os *casos de cursos causais hipotéticos* ou *desvios de cursos causais*. No exemplo colacionado por Damásio, ocorrido em São Paulo, "dois homens convidam uma jovem de 16 anos de idade, embriagada, a acompanhá-los, num automóvel, na direção de um motel. No trajeto, percebendo suas intenções sexuais, ela procurou desvencilhar-se deles. Estacionaram o veículo no acostamento da Rodovia Presidente Dutra. Ela conseguiu sair do carro e eles a perseguiram. Ela procurou atravessar a rodovia e foi atropelada por um caminhão, morrendo"**[399]**. Indica ainda o mestre que, em sede de apelação, houve a confirmação da condenação dos dois agentes por homicídio, entendendo-se que o resultado morte encontrava-se na mesma linha de desdobramento da conduta inicial. Juarez Tavares, ao discorrer sobre os *processos causais hipotéticos*, propõe que se oriente pelo resultado concreto realmente ocorrido, e não pelo que iria ocorrer**[400]**. Damásio sugere a solução pela teoria da imputação objetiva do resultado, asseverando que os agentes deveriam responder por outro crime (constrangimento ilegal, sequestro, rapto violento, tentativa de estupro etc.), mas nunca por homicídio, pois o resultado

morte não se encontrava no âmbito de proteção das normas referentes aos bens jurídicos que pretendiam afetar[401].

Como se verificou por uma série de exemplos, a *teoria da condição* é muito eficaz para a determinação de causalidade objetiva em casos simples, evidentes; contudo, em uma série de exemplos, sua aplicação estrita, sem efeito limitador ou ampliador, torna-se inviável, razão por que a doutrina penal buscou novas alternativas.

— Teoria da adequação

Em virtude das imperfeições da aplicação da teoria da condição, surge a primeira sequência de ideias, fruto do raciocínio, inicialmente, de Von Bar e, posteriormente, de Von Kries, intitulada *teoria da adequação* ou da *causalidade adequada*, que, no ensinamento de Cirino dos Santos, "considera causa a conduta adequada para produzir o resultado típico, excluindo condutas que produzem o resultado por acidente. A condição adequada eleva a possibilidade de produção do resultado, segundo uma prognose objetiva posterior, do ponto de vista de um observador inteligente colocado antes do fato, com os conhecimentos gerais de um homem informado pertencente ao círculo social do autor, além dos conhecimentos especiais deste: persuadir alguém a uma viagem de avião que cai no mar pela explosão de uma bomba não constitui condição adequada para a morte da vítima, porque um observador inteligente consideraria esse evento, antes da viagem, como inteiramente improvável (exceto se tivesse conhecimento da bomba)"[402].

É de notar, inicialmente, que a análise segundo a *causalidade adequada* somente será desencadeada após a averiguação da eliminação hipotética, ou seja, preocupa-se primeiro em identificar uma causalidade objetiva natural para só então verificar se a resposta obtida era adequada, mediante a *prognose posterior objetiva*, proposta por Max Rumelin, ou seja, sua adequação à produção do resultado típico. Dessa forma, se a *teoria da condição*, com a devida eliminação hipotética, afastar inicialmente a causalidade, esta não se averiguará pela *teoria da adequação*. Por essa razão, Juarez Tavares[403] assevera que não se trata de uma teoria propriamente dita, mas de um critério delimitador da causalidade em que o resultado juridicamente proibido seja *anormal ou atípico*.

O problema apontado pela doutrina com essa "teoria" reside exatamente no juízo de prognose, calcado em probabilidade mínima, podendo levar a certas distorções, tanto para considerar como para não considerar uma condição como causa. Capez transcreve interessante exemplo de Antônio Magalhães Gomes Filho, constante de sua obra *Direito à prova no processo penal*, o qual pedimos vênia para repetir: "No processo *People v. Collins*, a jurisprudência norte-americana empregou, de forma equivocada, como critério de avaliação das provas, o chamado julgamento *by mathematics* ao seguinte caso: 'uma senhora foi assaltada em Los Angeles e declarou ter percebido uma moça loira fugindo; uma vizinha da vítima também afirmou ter visto uma jovem branca, com cabelos loiros, e 'rabo de cavalo', sair do local do crime e entrar em um automóvel amarelo, dirigido por um homem negro com barba e bigode; dias depois, policiais conseguiram prender um casal com essas características, mas no julgamento tanto a vítima como a testemunha não puderam reconhecê-los; ...a acusação serviu-se, então, de um perito matemático que, com base nas características apontadas... e aplicando a esses dados as respectivas probabilidades de ocorrências, fundadas em estatísticas, multiplicou-se para extrair a conclusão que somente existia uma possibilidade, em doze milhões, que um casal preenchesse todos esses requisitos. Com base nisso, o júri condenou os acusados"**[404]**.

Assinale-se, portanto, a também falibilidade da teoria da adequação, que pode levar a absurdos como o acima apontado.

— Teoria da relevância jurídica

Para complementar a exploração da causalidade, Mezger propôs que, "ainda quando uma ação seja causal relativamente ao resultado, quer segundo a teoria da condição, quer da adequação, o seu autor só pode ser responsável por este resultado se a conexão for juridicamente relevante. A questão da causalidade, portanto, não se resume à determinação se a ação do agente era condição *sine qua non* ou causa adequada do resultado, mas em se saber se, juridicamente, essa relação causal era relevante"**[405]**.

Essa teoria teve o grande mérito de diferenciar *causalidade* de

imputação do resultado. A definição de causalidade foi aproveitada das teorias anteriores, não bastando para a imputação do resultado ao agente. Tal imputação somente se torna viável em face da relevância da causa para o Direito Penal. Essa distinção foi fundamental para o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva do resultado.

— Teoria da imputação objetiva do resultado

Ainda na tentativa de limitar a abrangência de determinação de causalidade, ou de imputação, surgiu a *teoria da imputação objetiva*, que remonta sua origem filosófica a Platão e a Aristóteles, surgindo no Direito moderno em um artigo de Richard Honig e como teoria normativa na obra de Karl Larenz**[406]**. Pedra de toque do modelo funcional, como vimos acima, a imputação objetiva mostra-se mais como um limitador da causalidade física do que uma teoria autônoma para a definição do nexo causal.

Partindo da distinção entre *causalidade* e *imputação do resultado*, propõe critérios normativos para a imputação objetiva deste. Nesse sentido, ensina Damásio, sintetizando o que já vimos quando do estudo do funcionalismo de Roxin e de Jakobs, que o comportamento e o *resultado normativo*, por essa teoria, somente podem ser atribuídos se a conduta criar ao bem jurídico um risco juridicamente desaprovado e relevante, quando o perigo realizar-se no resultado e, ainda, quando esse resultado for abrangido pelo âmbito de proteção da norma incriminadora**[407]**.

A natureza jurídica da imputação objetiva não é pacífica, como dito, havendo quem entenda ser ela de fato uma restrição à atribuição do resultado, ficando restrita, portanto, à análise do fato típico; assinalam-se, todavia, também correntes mais ampliativas, considerando-na um novo sistema ou modelo penal. A citada teoria comporta, ainda, visões específicas, como a já versada de Günther Jakobs, para quem a teoria da imputação objetiva divide-se em dois níveis: "por um lado, a classificação do comportamento como típico (imputação objetiva do comportamento) e, por outro, a constatação – no âmbito dos delitos de resultado – de que o resultado produzido se explica, de modo preciso, pelo comportamento objetivamente imputável (imputação objetiva do resultado)"**[408]**.

Buscaremos, entretanto, delinear, sintetizando o que já foi visto, os pontos de maior aceitação da teoria em apreço, com o escopo de evitar ilações que mais confundiriam do que esclareceriam o estudioso.

Inicialmente, a conduta deve criar ao bem jurídico um risco juridicamente desaprovado e relevante, ou seja, não se pode imputar objetivamente a alguém determinado resultado quando sua conduta diminuiu o risco para o bem jurídico. Cite-se como exemplo o caso em que *A* decide atirar na cabeça de *B*; no momento do disparo, porém, tem sua mão deslocada por *C*, e o projétil vem a atingir o ombro de *B*; a lesão de *B* não é imputável, por esse critério, a *C*, que reduziu o risco para o bem jurídico em relevo.

Além da geração de risco proibido, é necessário que este se verifique no resultado; do contrário, não haverá imputação do resultado. *In exemplis*, *A* e *B* decidem furtar uma residência. *A* efetivamente ingressa no imóvel e *B* permanece do lado de fora a vigiar para garantir a tranquilidade da subtração. Ocorre que *A* encontra a proprietária no interior e decide estuprá-la; *B* gerou um risco contra um bem jurídico-penal, o patrimônio; houve, contudo, lesão de outro bem jurídico, cujo risco não foi gerado por *B*; o estupro, portanto, não pode ser atribuído a *B*.

Por fim, como aduz Juarez Tavares, não haverá "imputação se o resultado concretamente verificado não se incluir no alcance do tipo", e exemplifica com os casos de "atuação diante de perigos assumidos voluntariamente pela própria vítima" ou "casos de intervenção, dolosa ou culposa, de terceiros no processo de produção do fato"**[409]**.

Exemplo do primeiro grupo: "*A* aconselha *B* a dedicar-se ao alpinismo e a escalar a Cordilheira dos Andes, embora não participe da aventura. Por ser *B* ainda inexperiente neste esporte, não consegue fixar corretamente um dos grampos de sustentação, cai e morre no meio da tentativa de escalada". É de notar que a conduta de *A* contribuiu de modo causal para a morte de *B*, porém a ele não é objetivamente imputável, pois o "tipo de homicídio traça as linhas divisórias da proibição de que o sujeito produza a morte de alguém, das mais variadas e possíveis maneiras, mas não de uma forma tão intensa"**[410]**.

Exemplo do segundo grupo: "*A* inadvertidamente esquece o ferro de passar roupas ligado, ocasionando um incêndio em seu apartamento. Durante os trabalhos de apagar as chamas, um dos bombeiros é gravemente ferido pela queda de um lustre no local ... como as lesões produzidas no bombeiro se inserem no âmbito de enfrentamento dos riscos de sua própria profissão, não devem ser imputadas ao relapso agente"**[411]**.

Finalizando, sintetizaremos a teoria *sub examine* abusando um pouco mais das preciosas lições de Juarez Tavares. Não haverá imputação objetiva: "a) se o agente tiver diminuído o risco para o bem jurídico; b) se o agente não tiver aumentado o risco para o bem jurídico; c) se o risco era permitido; d) se esse risco não se materializar no resultado típico; e) se o resultado, na forma como ocorrido, não se incluir no âmbito de alcance do tipo"**[412]**.

Ratificamos a nossa preferência por rechaçar o funcionalismo penal, e por consequência a imputação objetiva, senão por alguns postulados muito específicos de seus principais teóricos.

— Nexo causal nos crimes omissivos

Os delitos omissivos podem ser cindidos em dois grandes grupos: os *próprios* e os *impróprios*.

Nos *omissivos próprios*, por se tratar de delitos de *mera conduta*, prescindem da averiguação da relação de causalidade**[413]**. São exemplos no Código Penal Militar o delito de *omissão de oficial* (art. 194), de *omissão de providências para evitar danos* (art. 199), de *omissão de providências para salvar comandados* (art. 200) etc. Um caso *sui generis* encontramos no delito capitulado no art. 324 do CPM, a inobservância de lei, regulamento ou instrução, cuja tipicidade, por ser muito "porosa" permite a prática do crime tanto por ação como por omissão, exigindo-se, ademais, um prejuízo à Administração Militar, subvertendo a compreensão que se tem sobre o crime culposo. Essa "porosidade típica", como defendemos acima, importa na inconstitucionalidade do tipo penal em foco, por lesão ao princípio da legalidade.

Uma série de crimes comissivos, no entanto, podem ser cometidos por meio de conduta omissiva, levando a um resultado típico. São os chamados

omissivos impróprios, ou *comissivos por omissão*, para os quais a averiguação do nexo de causalidade é conveniente.

A solução, segundo o saudoso Assis Toledo **[414]**, é simples e reside na avaliação de um *nexo normativo*, estabelecido por opção legislativa. Nesse sentido, a exemplo do art. 13 do CP comum, o próprio art. 29 do CPM, em seu § 2º, estabelece: "A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência".

São três, portanto, os vínculos normativos a estabelecer o nexo de causalidade, recaindo sobre quem: 1º) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; 2º) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e 3º) com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência. Essas condições conferem a seus sujeitos a condição de garantidor ou de garante do bem jurídico-penal abrangido pelas normas que exigem comissão.

Alinhados ao sistema de segurança pública, estruturado no art. 144 da Lei Maior, os policiais militares têm, inerente ao cargo de militares dos Estados, portanto em razão da própria lei**[415]**, o dever jurídico de agir, configurando-se guardiões dos bens jurídico-penais dos cidadãos. Vale dizer, a omissão do policial militar poderá, em várias circunstâncias, significar a autoria, com base na omissão penalmente relevante, de crime comissivo, e não simplesmente em prevaricação, comprovando-se o sentimento pessoal. Nesse sentido, convém citar discussão levada a efeito por Sérgio Cedano**[416]**, em artigo com abordagem própria ao tema, em que o autor pretende atribuir a militar do Estado a coautoria em estupro simplesmente por não haver impedido que seu companheiro de guarnição estuprasse mulher. Afasta-se, portanto, a prevaricação, uma vez que o agente da omissão podia agir e não o fez, o que, somado à posição de garante, torna-o coautor do delito**[417]**. O exemplo consignado pode bem dimensionar a questão.

Na segunda hipótese, cite-se o enfermeiro que deixa morrer doente

confiado a seus cuidados profissionais, por não ministrar os medicamentos devidamente, pois assumiu a responsabilidade pelo auxílio à cura[418].

Finalmente, na terceira hipótese, tome-se o guarda-vidas, excelente nadador, que convence, após insistência, um companheiro de Corporação, afoito e péssimo nadador, a atravessar um rio, vindo este a morrer afogado no meio do curso d'água. A conduta anterior do guarda-vidas gerou o risco para a vítima[419].

Frise-se que a posição do *nexo normativo* é a adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Este já decidiu que a causalidade nos crimes comissivos por omissão não é fática, mas jurídica, consistente em não haver atuado o omitente como devia e podia para impedir o resultado[420].

Por derradeiro, deve-se entender que a atribuição do resultado ao garantidor, em qualquer das circunstâncias acima descritas, não pode basear-se em causalidade real, porquanto será praticamente impossível demonstrar que a ação do garante inequivocamente impediria o resultado típico. Deve, sim, firmar-se em causalidade hipotética, arrimada sobre *juízo de probabilidade próxima da certeza*, ou, como se diz hoje, em uma *possibilidade fática*[421].

d) Tipo penal (tipo legal ou tipicidade em sentido estrito)

— Escorço histórico da teoria da tipicidade

A dogmática penal, de forma relativamente recente, buscou esmiuçar o fenômeno da tipicidade fomentando a idealização de algumas teorias, às quais chamamos teorias da tipicidade.

Em breve apanhado histórico da evolução da teoria da tipicidade[422], tem-se como ponto de partida a noção una de crime, já indicada, que levava a uma análise do tipo penal também unificada, com função meramente descritiva, noção essa que era representada pelo termo alemão *Tatbestand*. Nesse período, o estudo da tipicidade ou do tipo penal, bem como dos demais caracteres do crime, não ganhava destaque, por parecer extremamente óbvio.

Beling, em 1906, o pioneiro a dedicar-se a esse estudo, deu passo de inegável importância ao separar tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Note-se que com sua inovação não criou apenas figuras jurídicas a serem analisadas, mas estabeleceu *uma lógica analítica do delito*, impondo sequência de passos no estudo da caracterização do crime. Chega-se, dessarte, à possibilidade de uma ação ser típica, porém não ser antijurídica, não configurando dessa forma um injusto penal. Ressalte-se, entretanto, que a tipicidade, agora independente, tinha, ainda, função meramente descritiva, pois apontava de forma objetiva o que deveria ser encontrado no fato concreto para que houvesse fato típico.

Com Mayer, em 1915, a tipicidade de Beling, vazia por sua objetividade, ganha robustez com a noção de ser ela indício de antijuridicidade. Dessa forma, a conduta típica indica presumidamente um fato contrário à norma, ao direito, portanto, antijurídico. A tipicidade é *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Para facilitar a verificação da antijuridicidade, Mayer admitiu a existência de elementos normativos no tipo penal. Considerava ainda a tipicidade o primeiro pressuposto de aplicação da pena; a antijuridicidade, o segundo.

Em 1931, Mezger idealiza uma estrutura bipartida do crime, composta de fato tipicamente antijurídico e culpável. Como se percebe, não concebe a tipicidade como indício de antijuridicidade, mas como base, essência desta (*ratio essendi*). Evidencia-se, portanto, o sistema bipartido citado pelo mestre Juarez Cirino dos Santos, conforme já indicamos, em que o crime é concebido analiticamente como tipo de injusto (formado pela união conceitual e indissolúvel de tipicidade e antijuridicidade) e culpabilidade. Convém mencionar que, com essa concepção, Mezger dá o primeiro sinal da teoria dos elementos negativos do tipo, que tem notáveis adeptos na atualidade.

Passando pela reformulação de Beling, que em 1930 distinguiu o tipo do delito (*Deliktypus*) de *Tatbestand*, chega-se, enfim, ao finalismo de Welzel, atingindo-se uma tipicidade complexa segundo a qual o tipo pode ser desmembrado em objetivo (descrição legal até mesmo com componentes de ordem normativa – componente causal) e subjetivo (vontade reitora eivada de dolo ou culpa – componente final).

Hodiernamente prevalece a teoria do tipo de Mayer, ou seja, a tipicidade é indício da antijuridicidade (*ratio cognoscendi*); caracteriza-se ainda a

tipicidade por ser complexa, dotada de um tipo objetivo e um subjetivo. Deve-se alertar, entretanto, que coexistem variações acerca da teoria do tipo, além da já citada teoria dos elementos negativos (segundo a qual as excludentes de antijuridicidade integram o tipo penal), da tipicidade penal de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli**[423]**, que é integrada pela tipicidade legal, entendida como individualização da conduta feita pela lei mediante o conjunto de elementos descritivos e valorativos, e pela tipicidade conglobante, traduzida pela comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pelo ordenamento jurídico como um todo. A tipicidade penal, integrada pela tipicidade conglobante, soluciona, assim como a teoria social da ação (ou da ação socialmente adequada, da adequação social ou normativa), problemas penais corriqueiros, a exemplo da lesão provocada no adversário pelo pugilista, caso em que não haveria tipicidade penal por ser a conduta irrelevante socialmente (teoria da relevância social) ou por não haver antinormatividade, já que fomentada pelo próprio direito.

Nesse ponto, passaremos a verificar a teoria do tipo de um modo pragmático, aplicada ao Direito Penal Militar e seccionada em possibilidades de verificação.

Antes do estudo detido do tipo doloso, culposo e omissivo, necessário se torna que absorvamos alguns conceitos que serão utilizados constantemente na verificação dos tipos penais militares. Nesse sentido, veremos agora o conceito de sujeito ativo, sujeito passivo e objeto do crime, com suas decorrências na doutrina penal.

Sujeito ativo é aquele que pratica o fato descrito na norma penal incriminadora, ou seja, a pessoa que pratica a conduta (comissiva ou omissiva) prevista no tipo legal.

Deve-se ter em mente que, em regra, apenas a pessoa humana pode ser sujeito ativo de crime, ao contrário do que já ocorreu em outras épocas quando animais eram julgados pela prática de delito. Modernamente, no entanto, tem-se admitido a possibilidade de pessoa jurídica ser sujeito ativo de crime, circunstância que, embora muito polêmica, já tem guarida no Brasil, uma vez que a Lei n. 9.605/98, ao prever os crimes ambientais, definiu possibilidades de

uma pessoa jurídica figurar no polo ativo de crime ambiental.

Ao sujeito ativo, conforme a fase em que se encontra a persecução criminal (inquérito policial, processo em curso e após a condenação), podem ser dadas várias designações como indiciado, réu e condenado.

Importante lembrar quanto à sujeição ativa que existem crimes que não possuem restrição em relação à pessoa que pode figurar no polo ativo, ou seja, que podem ser cometidos por qualquer pessoa, chamados de crimes comuns, *delicta communia* (ex.: o homicídio – art. 205 do CPM, e a violência contra militar de serviço – art. 158 do CPM). Outros há, no entanto, em que o tipo legal traz qualidades do agente que pode perpetrá-lo, impossibilitando a prática por qualquer pessoa, exigindo determinada condição jurídica ou de fato do agente (ex.: estupro – art. 232 do CPM**[424]**, e violência contra superior – art. 157 do CPM), chamados de crimes próprios, *delicta propria*. Não se confundem esses crimes com os crimes propriamente militares e os impropriamente militares, distinção a que já nos dedicamos. Na nossa visão, aproveitando a teoria de Jorge Alberto Romeiro, os crimes propriamente militares são aqueles cuja ação penal, avaliada no momento em que o crime é praticado, somente pode ser proposta contra militar, ou, do contrário, se puder ser proposta contra qualquer pessoa, tratar-se-á de um crime impropriamente militar. Analisando as duas classificações, há crimes próprios que podem ser propriamente militares e outros im-propriamente militares. Na primeira espécie temos o exemplo da violência contra superior (art. 157 do CPM), que somente pode ser praticado por um inferior hierárquico ou funcional, portanto, um militar, contra quem a ação penal poderá ser intentada. No outro grupo, cite-se como exemplo o estupro (art. 232 do CPM), que apesar de somente poder ser praticado por um homem**[425]** (salvo exceção do concurso de pessoas e, para alguns, da autoria mediata), não exige a condição de militar do agente, podendo a ação penal ser intentada contra um não militar.

Para diferenciar essas categorias, ao lado dos crimes propriamente militares, Jorge Alberto Romeiro consagrou os crimes próprios militares, querendo significar aqueles que, embora possam não exigir a qualidade de militar para a propositura da ação penal, exigem outra qualidade especial do agente, como homem ou funcionário público**[426]**.

A descrição típica do sujeito ativo, ademais, pode prever a quantidade de agentes necessária para a possível prática de um delito. Assim, quando o tipo penal não dispõe acerca do número de sujeitos ativos necessários, temos um crime que pode ser cometido por apenas uma pessoa, chamado de monossubjetivo (ex.: lesão corporal – art. 209 do CPM). Por outro lado, a norma penal pode exigir dois ou mais agentes para a prática do crime, ocasião em que teremos um crime plurissubjetivo (ex.: motim – art. 149 do CPM). Quando temos duas ou mais pessoas cometendo um delito, estamos diante de um concurso de pessoas (ou de agentes) e, por essa razão, os crimes monossubjetivos são também chamados de crimes de concurso eventual, enquanto os crimes plurissubjetivos são chamados de crimes de concurso necessário.

O cometimento de um crime em concurso de pessoas admite a coautoria e a participação como espécies, matéria que veremos mais adiante. Existem crimes, no entanto, que não admitem a coautoria, mas apenas a participação. São os chamados crimes de mão própria, que somente podem ser perpetrados pelo autor em pessoa, como no caso do crime de falso testemunho, capitulado no art. 346 do CPM.

Sujeito passivo é o titular do interesse ofendido, do bem jurídico aviltado pelo delito. Para definir o sujeito passivo, portanto, é necessário que se descubra qual o objeto de tutela do crime em análise, ou seja, qual o interesse tutelado pela lei penal incriminadora. Assim, no crime de peculato (art. 303 do CPM), apesar de poder haver dano patrimonial a uma pessoa, o sujeito passivo é a Administração Militar, visto que o objeto jurídico do crime não é o patrimônio, mas a moralidade da Administração Militar. Essa compreensão será de suma importância quando do estudo da alínea *e* do inciso II do art. 9º do CPM.

O Estado é o responsável pela manutenção do bem comum, da convivência harmoniosa entre as pessoas e, por essa razão, toda vez que um crime é cometido, o Estado é também abalado pela conduta, já que ele é o titular do mandamento proibitivo da norma penal abstrata, idealizada para manter a harmonia social. Por essa visão, surge uma classificação do sujeito passivo em geral (constante ou formal), que sempre será o Estado, por ser o titular do mandamento proibitivo não observado pelo autor do delito, e eventual (particular,

acidental ou material), que será a pessoa (natural ou jurídica), ou mesmo a coletividade, que sofreu a lesão ao bem jurídico de sua titularidade. Note-se que no exemplo do peculato, acima descrito, o Estado também figurará, por sua Administração Pública, como sujeito passivo eventual.

Pelo que se expôs, podemos sintetizar o estudo do sujeito passivo em algumas constrições, na seguinte conformidade:

1) todas as pessoas vivas, ainda que incapazes civilmente, podem ser sujeito passivo de um delito, isso por possuírem titularidade de direitos que podem ser aviltados pelo cometimento do crime;

2) o feto, que segundo a lei civil já possui a titularidade de direitos, pode também figurar no polo passivo de um crime, o que se torna pouco provável no Código Penal Militar, que não capitulou o crime de aborto;

3) pessoas jurídicas também podem figurar no polo passivo do delito, mas é preciso que para isso o tipo penal não restrinja a sujeição passiva a uma pessoa natural (ex.: no homicídio – art. 205 do CPM – só se pode matar "alguém", afastando-se a pessoa jurídica do polo passivo); a pessoa jurídica, como exemplo, pode ser sujeito passivo de furto (art. 240 do CPM), dano (art. 259 do CPM) etc.;

4) ainda no que se refere à pessoa jurídica, majoritariamente sustenta-se não poder ser ela sujeito passivo de calúnia (exceto quando for imputado crime ambiental) e de injúria, por não possuir honra subjetiva, mas pode, no entanto, figurar no polo passivo de crime de difamação (art. 215 do CPM), por possuir honra objetiva (reputação, boa fama etc.)**[427]**;

5) o morto, por não ser titular de direito, não pode ser sujeito passivo de delito, mas apenas objeto material deste; deve-se atentar que o art. 138, § 2º, do Código Penal comum, que criminaliza a calúnia contra os mortos e sem correlato no Código Penal Militar, tem como sujeito passivo o familiar (ou familiares) do morto, porquanto a ofensa à pessoa falecida reflete em seus parentes;

6) os animais e coisas inanimadas também só podem ser objetos materiais do delito, pois não são titulares de direitos; nos crimes que afetem animais ou coisas inanimadas, os sujeitos passivos serão seus proprietários e, em

certos casos, até a própria coletividade.

Deve-se observar que a pessoa não pode ser ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo do delito, pois as condutas ofensivas contra a própria pessoa, quando definidas como crimes, ofendem interesses jurídicos de outros (princípio da alteridade). É o caso da autolesão, não punida em nosso Direito. Caso curioso temos no crime de rixa (art. 211 do CPM), em que o agente é sujeito ativo em relação a sua própria conduta e sujeito passivo em relação à participação dos outros**[428]**.

Geralmente o sujeito passivo coincide com o prejudicado pelo crime, entendido este como qualquer pessoa a quem o crime haja causado um prejuízo material ou moral. Todavia, podem existir situações em que o sujeito passivo será um e o prejudicado outro, chamado de terceiro prejudicado pelo crime. Como exemplo, no crime de homicídio (art. 205 do CPM) o sujeito passivo é a pessoa que teve sua vida turbada, mas os integrantes de sua família podem ser considerados prejudicados pelo delito**[429]**.

Por fim, ingressemos agora na conceituação de objeto do crime.

O *objeto do crime* é aquilo, a coisa, contra a qual se dirige a conduta humana configuradora do delito, podendo ser objeto jurídico ou objeto material.

Objeto jurídico é o bem ou interesse tutelado pela norma penal em análise. Por vezes esse objeto é imaterial, como a honra, por exemplo, no crime de injúria (art. 216 do CPM).

Objeto material, por sua vez, é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta do sujeito ativo.

Pode existir crime sem objeto material, como no caso do falso testemunho (art. 346 do CPM) e do ato obsceno (art. 238 do CPM), mas todos os crimes possuem objeto jurídico.

— Tipo penal militar comissivo doloso

Iniciemos, pois, pelo estudo do tipo penal, aqui coincidindo com a tipicidade legal de Zaffaroni e Pierangeli.

Pode ele possuir elementos descritivos, de fácil percepção sensorial, normativos, que exigem valoração, juízo de valor**[430]**, e subjetivos, que são dados de referência psíquica positivados pelo modelo ideal do legislador. Conquanto a clareza doutrinária nem sempre se verifique nesse sentido, entendemos que os dois primeiros compõem a chamada tipicidade objetiva, enquanto os últimos integram, ainda que tenham sido positivados, a tipicidade subjetiva.

O tipo subjetivo (ou tipicidade subjetiva), entretanto, não se esgota no elemento subjetivo do tipo penal. Em verdade, o elemento subjetivo do tipo é acessório na análise da tipicidade subjetiva, que deve ser iniciada pela verificação do dolo. A evidência da tipicidade subjetiva, portanto, demonstra a coincidência do fato material, naturalístico, com a intenção ou vontade do agente, evidenciando-se o dolo, permeado por elementos outros de referência psíquica constantes da descrição penal. Assim, exemplificativamente, no delito de prevaricação (art. 319 do CP), como a lei penal comum apenas o previu de forma dolosa, verifica-se primeiro se houve dolo, descartando-se toda e qualquer conduta culposa; somente após essa verificação é que se busca o preenchimento de elementos subjetivos específicos grafados no tipo penal, como a satisfação de um sentimento pessoal. Ocorre que essa análise, exemplificada no Código Penal comum, portanto atrelada ao finalismo, também deve ocorrer, mantendo nossa coerência de raciocínio, no Código Penal Militar (também o art. 319). Note-se que, aderindo ao causalismo do Código Penal Militar, o dolo seria analisado em último aporte, na culpabilidade, devendo-se verificar a tipicidade sem a presença do dolo ou da culpa, o que é praticamente impossível em delitos que possuam elementos subjetivos grafados no tipo. A solução mais coerente, ratificamos, é a análise típica dos tipos penais militares tal qual propõe o finalismo, mesmo porque a lei penal militar não conceituou crime analiticamente.

Chega-se, dessarte, a uma primeira conclusão decorrente do já exposto, qual seja, a de que por tipicidade deve-se entender a perfeita subsunção do fato material à descrição penal, expressa ou implícita. Em outras palavras, alcança-se a tipicidade com a satisfação do tipo objetivo e do tipo subjetivo, constantes de um modelo tipológico imaginado pelo legislador e efetivamente positivado no ordenamento jurídico. Cumpre notar que essa subsunção pode ser

direta, restringindo-se ao tipo descrito na Parte Especial, ou indireta, traduzida, como aduz Mirabete[431], por uma tipicidade carecedora de complemento por outra norma contida na Parte Geral dos Códigos (e. g., tentativa, concurso de agentes etc.).

Justamente nesse ponto identificamos uma singularidade dos tipos penais militares, porquanto *pode-se afirmar que todos os crimes militares que possuam idêntica tipificação na legislação penal comum (art. 9º, II, do CPM) se caracterizam por uma tipicidade indireta* (ou adequação típica de subordinação *mediata*). É dizer que tais crimes previstos na Parte Especial do Código Penal Militar carecem, para sua perfeita tipificação, de complementação da Parte Geral do mesmo *Códex*. Nesse sentido, as lições de Scarance:

"Examinando-se os três incisos do art. 9º, percebe-se que os crimes militares são de tipificação direta e tipificação indireta. Segundo o inc. I, para os crimes militares próprios basta a descrição típica da Parte Especial: tem-se aí crimes de tipificação direta. Mas os crimes impropriamente militares exigem, para sua tipificação, além dos elementos descritos na Parte Especial, outros dados que constam das alíneas do inc. II. Também são de tipificação indireta os crimes do inc. III, caracterizados pela conjugação dos elementos da descrição típica da Parte Especial com os elementos que o inciso contempla"[432].

À guisa de exemplo, busquemos um delito que possua idêntica tipificação na legislação penal comum e militar: o crime de homicídio está previsto no art. 205 do CPM e no art. 121 do CP; para atender à tipicidade exigida no Código Castrense, o fato praticado deve apresentar alguma das circunstâncias enumeradas nas alíneas do inciso II do art. 9º do mesmo diploma; em outras palavras, o homicídio, crime militar, será configurado quando um militar da ativa matar outro militar da ativa (alínea *a* do inciso II do art. 9º); quando um militar da ativa matar um inativo em local sujeito à Administração Militar (alínea *b* do inciso II do art. 9º); ou ainda quando um militar da ativa, estando em serviço ou em razão dele agindo, matar um inativo (alínea *c* do inciso II do art. 9º)[433].

Como regra, os elementos que complementam a tipicidade da Parte Geral são de ordem normativa, porquanto exigem valoração do operador do

Direito, ou seja, entender se o militar está no serviço ativo ou não, por exemplo, requer detida análise, e nem sempre a resposta é tão simples, dependendo de conceituação extrapenal militar, como no caso do agregado. Assim também o são o *lugar sujeito à Administração Militar*, o *estar em serviço* etc.

Outro ponto interessante a esse respeito repousa na consequência da conclusão pela não existência desses elementos normativos, que difere substancialmente do que ocorre no Direito Penal comum. Mais uma vez recorremos ao exemplo: em um crime de furto, cuja tipificação legal contém o elemento normativo "alheia", qualidade necessária da coisa subtraída para que o delito se verifique, a constatação negativa, isto é, a verificação de que a coisa era do próprio autor, pode desclassificar o delito ou até mesmo tornar a conduta atípica; já no caso dos *elementos normativos complementares*, com a vênia do neologismo, a consequência em regra é a configuração do delito correspondente na legislação penal comum, ou seja, ao se constatar que o homicídio foi praticado contra um civil, por exemplo, e em não havendo a concomitância das condições enumeradas nas alíneas do inciso II do art. 9º do CPM, a conduta encontrará subsunção no art. 121 do CP.

Essa construção fomenta outra discussão palpitante, agora afeta à necessidade de conhecimento dos elementos do tipo pelo autor, para que o dolo se verifique em sua plenitude. Guardaremos a discussão para o momento em que tratarmos do dolo.

Pois bem, vimos que a tipicidade se alcança com a subsunção da conduta fática ao modelo abstrato idealizado pelo legislador, ou seja, ao tipo penal. A subsunção, porém, deve dar-se tanto em relação ao tipo objetivo como ao tipo subjetivo.

Por paradoxal que possa parecer, o tipo legal possui elementos que não são apenas de ordem objetiva (descritivos), mas também de ordem normativa e subjetiva. Ensina Bitencourt**[434]** que, ao fracionar o tipo objetivo, teríamos um dado central, nuclear, chamado núcleo do tipo, caracterizado por uma conduta comissiva ou omissiva. Tal dado, evidenciado por um verbo no preceito primário, revela a ação ou a omissão exigida pelo tipo abstrato, como regra um elemento descritivo, uma vez que perceptível pelos sentidos (como já se esclareceu

acima).

Além do núcleo, há ainda outros dados que satisfazem a tipicidade objetiva, chamados pelo mesmo doutrinador de *secundários*, os quais caracterizam condições a serem satisfeitas para que se verifique a subsunção em primeiro plano. Como elementos ou dados secundários da tipicidade objetiva, enumeram-se o autor da ação ou omissão, o resultado e o nexo causal.

Apenas para demonstrar a complexidade do tema, tome-se o autor da ação como exemplo. Ainda que seja integrante da tipicidade objetiva, nem todos os tipos penais o consignam expressamente, exigindo qualidades especiais; quando o fazem, requerem do operador um juízo de valor, uma análise acurada para que se verifique de fato. No caso dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública, por exemplo, deverá o julgador (ou outro operador que deva classificar a conduta em um tipo penal) avaliar se o agente é funcionário público ou não. Portanto, em regra, a exigência expressa de condição específica de um sujeito ativo (crime próprio) configura-se dado normativo da tipicidade objetiva.

Essa circunstância é também verificada na maioria dos crimes militares, praticáveis por militar da ativa, ou por militar inativo, quer estejam eles somente no Código Penal Militar, quer estejam também na legislação penal comum. Recorramos mais uma vez aos exemplos: a) no homicídio, crime militar, praticado por militar da ativa contra militar também em atividade, tanto o sujeito ativo quanto o passivo são específicos, o que exige, pois, uma valoração para a subsunção, sendo portanto elementos normativos do tipo legal; b) o art. 157, grafado sob a rubrica *violência contra superior*, exige igualmente um exercício valorativo para que se identifiquem subordinado agressor e superior agredido (logo, elementos normativos); c) nos crimes praticáveis por inativos (reformados ou da reserva, em nosso entender somente remunerada), a condição de inativo exige valoração (portanto, elemento normativo).

Além dos elementos descritivos e normativos, o tipo legal pode apresentar elementos subjetivos, que compõem a tipicidade subjetiva, ainda que estejam positivados.

É de notar que o elemento subjetivo expresso no tipo, quando existente,

é precário, não revelador por si só do dolo em toda sua complexidade. É apenas um dado acessório para preenchimento da tipicidade subjetiva. *In exemplis*, praticará furto apenas aquele que tenha a posse da coisa subtraída ou que fomente tal posse por outrem, de tal forma que se revele ao operador que a intenção era ficar com a *res furtiva* ou entregá-la a um terceiro. Note-se que tal elemento não revela o ânimo do agente no momento da prática da conduta nuclear, sendo necessária análise pormenorizada da intenção do agente, para que se evidencie por completo o dolo.

Ainda que voltemos a falar no assunto, deve-se alertar que, nos termos do inciso III do art. 9º do CPM, todos os delitos praticados por inativos (reformado ou da reserva remunerada) e por civis (essa hipótese somente viável para os crimes militares de competência da Justiça Militar Federal, que pode, diferentemente das Justiças Militares Estaduais, processar e julgar civis) exigem um elemento subjetivo, qual seja, a intenção de, com a conduta delitiva, atingir a própria instituição militar.

Surge, pois, com tais elementos, a segunda faceta da tipicidade, notadamente a tipicidade subjetiva. Pode ela ser estudada, como já suscitamos, em dois níveis ou sob a compreensão de dois elementos. Inicialmente um elemento geral, o dolo, e, por vezes, um elemento especial, que comporta intenções específicas e as tendências (exatamente o dado subjetivo no tipo legal).

No passado, à época inclusive do surgimento do atual CPM, tínhamos a referência ao dolo genérico e ao específico; hoje fala-se em dolo (ou elemento subjetivo geral) e em elemento subjetivo (especial) do injusto. Com efeito, em determinados crimes o elemento acidental ou especial exige a evidência do *animus agendi* para que haja a subsunção. Exemplificativamente, ao presenciar um indivíduo brusca e violentamente arrastando uma adolescente para um veículo, não se pode definir qual o tipo adequado sem que haja a revelação do ânimo do autor.

Chegamos, então, ao inebriante estudo do dolo como integrante da tipicidade, isso no modelo finalista, que propomos ser aplicado também aos crimes militares. Para os que preferem a aplicação pura e simples do causalismo, o estudo do dolo, advertimos, deveria vir atrelado ao estudo da

culpabilidade.

Na busca do aperfeiçoamento da tipicidade ou da teoria do tipo, chegou-se, na dogmática atual, à anuência de que, para haver a tipicidade subjetiva nos crimes dolosos, deve existir total compreensão fática (conhecimento exato) das circunstâncias necessárias à composição do tipo penal, sob pena de o agente incidir em erro jurídico-penal. Dessa forma, previsões outrora sustentadas pela teoria clássica (causalismo) são hoje inconcebíveis. Bizarras situações podem tomar corpo, como o exemplo trazido por Jorge Alberto Romeiro, ao analisar o erro de direito no Código Penal Militar, o que comentaremos adiante, em abordagem específica.

Sumarizando, pode-se dizer que dolo é a consciência dos elementos caracterizadores do tipo penal e a vontade de preenchê-los ou, como muito bem sintetiza Bitencourt, "dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto"**[435]**. Nos dizeres de Cirino dos Santos, "dolo, conforme conceito generalizado, é a vontade consciente de realizar um crime, ou, mais tecnicamente, o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal. Assim, o dolo é composto de um elemento intelectual (consciência, no sentido de representação psíquica) e de um elemento volitivo (vontade, no sentido de decisão de agir), como fatores formadores da ação típica dolosa**[436]**.

É pacífico, portanto, que o dolo natural, alcançado em estágio evolutivo do finalismo, é composto de dois elementos: um cognitivo (ou intelectual), que se distingue pelo conhecimento atual (no momento da ação) e completo das circunstâncias fáticas (afetas aos elementos objetivos e normativos) integrantes do tipo penal, também chamado de representação (no sentido de previsão); outro volitivo, caracterizado pela vontade de realizar a conduta típica. Este pressupõe aquele.

Deve-se destacar que não é necessário, no primeiro elemento, haver entendimento da ilicitude da conduta; basta existir a compreensão fática de circunstâncias que são elementares do tipo penal (dolo puramente psicológico ou natural, desprovido de valoração). Essa consciência da ilicitude (que, no causalismo neoclássico do CPM, compunha o dolo normativo, porquanto exigia

um juízo de valor) foi, com o finalismo, remetida para a culpabilidade, bastando ser potencial, e não efetiva, como se exige dos elementos do tipo.

Para sedimentar, providencial citar a lição de Regis Prado e Bitencourt**[437]**, ao sentenciarem que a consciência abrange a "realização dos elementos descritivos e normativos, do nexo causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação, dos elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou menor gravidade do injusto (tipo qualificado ou privilegiado) e dos elementos acidentais do tipo objetivo". Arremata Bitencourt que não só os elementos positivos devem ser conhecidos, mas também os *caracteres negativos*, e. g., "sem licença da autoridade competente", "sem consentimento de quem de direito" etc., sob pena de não aperfeiçoamento do dolo**[438]**.

Em face do exposto, entendemos agora ser pertinente a volta ao caso supracitado no tocante ao conhecimento dos elementos normativos trazidos pela Parte Geral do Código Penal Militar. A visão que se sustenta hodiernamente é a de que os citados elementos não são exigidos como representados pelo sujeito ativo para que se verifique o crime militar. Tal interpretação assenta-se principalmente no que dispõe o art. 47, I, do Código Castrense:

"Art. 47. Deixam de ser elementos constitutivos do crime:

I – a qualidade de superior ou a de inferior, quando não conhecida do agente".

Esse dispositivo tem levado à conclusão de que, com exceção da qualidade de superior e de inferior, quando não conhecida do agente, outros elementos não devem ser valorados para configuração do crime militar, uma vez que continuam a ser elementos constitutivos do crime, ainda que o sujeito ativo os desconheça.

Tal leitura deve ser revista nos crimes dolosos. Inicialmente ressaltamos que o dispositivo, em face da atual concepção de tipicidade, é despiciendo, visto que, se o autor, e. g., não sabe tratar-se de superior, não pode ser apenado por violência contra superior. Isso é óbvio ao se aceitar a estrutura bivalente do dolo, caracterizado por elemento cognitivo e volitivo.

De outro lado, a exclusão não pode ser restrita aos casos de superioridade e inferioridade hierárquica ou funcional, porquanto a estrutura apresentada seria incoerente. Busquemos demonstrar por meio de exemplo elucidativo: um militar estadual, em casa noturna, deliberadamente agride outrem, sem conhecer sua condição também de militar estadual (elemento normativo do tipo legal, complementado pela Parte Geral do CPM, especificamente na alínea *a* do inciso II do art. 9º); pela corrente hoje vigente, o crime seria, a despeito do desconhecimento da condição da vítima, militar, levado ao foro castrense, o que nos parece contrário à contemporânea teoria do dolo; note-se que não se pretende a atipicidade do fato (especificamente atipicidade subjetiva), mas tão só a atipicidade como crime militar; a desclassificação de crime militar para crime comum pode significar notável benefício ao sujeito ativo, que pode ser favorecido com os dispositivos afetos aos Juizados Especiais Criminais, já que a aplicação das leis específicas no foro militar não é pacífica.

Em resumo, entendemos que está na hora de uma guinada doutrinária, tendo como razoável a abordagem exposta, o que nunca foi levado a sério pelos operadores do Direito Penal Militar.

Prosseguindo no estudo do dolo, a dogmática penal evoluiu na sua exploração pormenorizada chegando à concepção de duas espécies, equiparadas em nosso ordenamento jurídico-penal: o dolo direto e o eventual. Muito embora a consequência penal seja a mesma, nos termos do que prevê o art. 33, I, do CPM, há que diferenciar um do outro.

Verifica-se o dolo direto (ou imediato) quando o agente quer exatamente o resultado (jurídico) alcançado, que é típico. Nesse sentido, o agente realiza uma projeção futura para a obtenção do resultado, seleciona os meios adequados e retorna ao momento presente para iniciar a conduta, dirigida pelo resultado projetado. Mais uma vez citando Bitencourt, o dolo direto compõe-se de três aspectos: "1) a representação do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias; 2) o querer o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução; 3) o anuir na realização das consequências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses

meios"[439]. Prossegue o mestre ensinando que, em relação ao fim proposto e aos meios escolhidos, é o dolo de primeiro grau, enquanto o relativo aos efeitos colaterais representados como necessários, o de segundo grau (ou dolo de consequências necessárias).

Exemplificando, se *A* deseja matar *B* e, representando o resultado, seleciona a utilização de artefato explosivo, que trará como consequência secundária necessária a morte de *C* e *D*, que trabalham, por exemplo, na mesma sala da vítima em potencial, ao executar a conduta típica o fará dolosamente em relação às três vítimas, evidenciando-se o dolo direto em todos os ilícitos (de primeiro grau em relação a *B* e de segundo grau em relação a *C* e *D*). É a relação de necessidade do resultado que caracterizará o dolo direto.

Já no dolo eventual, o agente não busca diretamente o resultado jurídico, porém anui em sua produção, aceitando-o como possível e até provável, o que não o faz obstar a conduta agressora. Não há projeção para selecionar o caminho a ser seguido, mas uma projeção que permite a compreensão das consequências possíveis. Não basta a consciência da probabilidade de que o resultado se opere (teoria da probabilidade); é indispensável um elemento volitivo com a assunção do risco de produzir o resultado.

Sintetizando, mais uma vez ensina magistralmente Bitencourt[440] que o dolo direto é a vontade por causa do resultado, enquanto o dolo eventual é a vontade apesar do resultado.

Nos termos do já citado art. 33, o nosso Código Penal Militar adota, para o dolo direto, a *teoria da vontade*, segundo a qual para efetivar o dolo basta que o agente dirija sua ação ou omissão em um caminho adequado para a obtenção do resultado típico. No caso do dolo eventual, todavia, o Código Castrense pátrio adotou a *teoria do consentimento*, de acordo com a qual, para que se evidencie o dolo, basta que o resultado típico passe pela ideia do agente e, com esse dado em mente, ele concorde em produzir a lesão ao bem jurídico.

Cumpre lembrar que alguns doutrinadores enxergam utilidade na separação do dolo alternativo, que pode, no entendimento de Cirino dos Santos, verificar-se em todas as espécies citadas de dolo. O ilustre penalista exemplifica:

a) *A* atira em *B* para matar ou, simplesmente, ferir; b) *A* atira para matar *B* ou, pelo menos, o cachorro de *B*; c) *A* atira para matar o cachorro de *B*, mas conforma-se com a possibilidade prevista de matar *B*, próximo do animal”**[441]**. Aponta o mestre, como solução preponderante na doutrina, a “punição, em concurso formal, por cada tipo alternativo tentado, ou tentado e consumado”**[442]**.

Ingressamos agora no estudo do elemento subjetivo especial tipo.

Inicialmente, é necessário retomar que no tipo penal, aquele positivado como ideal a tolher uma conduta repulsiva que lesa de forma ímpar um bem jurídico, há a congregação de elementos constitutivos que são de ordem descritiva (ou objetivo-descritiva), e, por vezes, normativa e subjetiva. O elemento constitutivo de ordem subjetiva, ainda que seja positivado e possa levar à falsa impressão de ser descritivo, compõe a segunda faceta da tipicidade subjetiva. Aceita-se, pois, como premissa que, ao lado do dolo, figuram na tipicidade subjetiva outros caracteres de ordem subjetiva, ampliando o aspecto subjetivo do tipo penal.

Alguns arriscam a classificação dos elementos subjetivos do tipo penal, a saber: delitos de intenção, delitos de tendência, especiais motivos de agir e momentos especiais de ânimo.

Consideram-se *delitos de intenção* aqueles em que o elemento subjetivo do tipo penal exige como integrante da figura típica a intenção do agente voltada a determinado fim. Assim, o rapto (art. 407 do CPM), para se configurar, exige o fim libidinoso, sem levar em conta o fato de o autor ter efetivamente praticado o fim libidinoso (delitos de resultado cortado, pois interrompe-se a execução; criminaliza-se a conduta do agente em momento anterior ao alcance do fim condicionador dela). Da mesma forma, exige-se intenção no crime para a realização de um primeiro ato (conspiração – art. 152 do CPM); tal intenção deve apontar para um segundo ato, que pode ou não ser levado a termo (crimes mutilados de dois atos). Nos dois casos, o tipo penal antecipou a consumação, ocorrendo apenas, para a subsunção, a atividade típica unida à intenção. Podemos citar também como exemplo dessa espécie o elemento subjetivo especial trazido pelo *caput* do inciso III do art. 9º. Da análise

do dispositivo, é possível notar que o civil, o militar reformado e o militar da reserva (para nós, apenas remunerada) somente cometerão crime militar se intencionarem, com sua conduta, atingir a própria instituição militar.

Nos *delitos de tendência* (ou crimes de tendência intensificada), a ação deve caracterizar-se por um elemento subjetivo que denote uma tendência implícita no tipo penal. Não há expressa previsão no tipo, porém é dedutível dos demais elementos constitutivos, devendo a ação exprimir uma tendência subjetiva do agente. Assim, enquadra-se em referidos delitos, ou é espécie desses elementos subjetivos especiais do tipo, o propósito de ultrajar, dedutível da descrição penal do art. 160 do CPM.

Para caracterizar os *especiais motivos* de agir, também espécies de elementos subjetivos especiais do injusto, deve-se ver na descrição penal, expressa, um motivo a impulsionar a conduta do agente, e. g., o motivo torpe, o motivo fútil, ou mesmo o relevante valor social.

Finalmente, há que catalogar como espécies os *momentos especiais* de ânimo, que revelam o estado anímico do agente no instante da ação. São exemplos as expressões "sem escrúpulos", "satisfazer instinto sexual" etc. Crítica muito perspicaz se faz a uma tendência atual de ideologia subjetivadora na elaboração do tipo penal, porquanto conduz a uma inexatidão necessária à observância do princípio da reserva legal.

— Tipo penal militar omissivo

Preliminarmente, algumas considerações devem ser feitas. O primeiro problema é diferenciar ação de omissão de ação, o que faremos de acordo com o *critério do risco*. Para esse critério, "haverá ação se há a criação ou elevação de risco para o bem jurídico, e existe omissão de ação se não há criação ou elevação de risco para o bem jurídico"**[443]**.

Essa não geração ou elevação, no entanto, não significa dizer que a inação é tolerada pelo Direito, porquanto circunstâncias há em que se exige a evitação do risco ao bem jurídico, ainda que gerado por outrem. Surgem, pois, os tipos omissivos.

Essa exigência de ação a evitar o risco pode ser indistinta, geral, a

alcançar todos aqueles sujeitos à norma penal, e expressa no tipo penal, configurando-se a *omissão própria*, ou pode ser específica, determinada a certas pessoas que adquiram a condição de garantidor do bem jurídico, quando se configura a *omissão imprópria*.

É preciso lembrar que, no Código Penal Militar, mesmo essa exigência genérica, que impõe o dever jurídico indistinto, é limitada a certos agentes, como é o caso da omissão de oficial (art. 194), que, já indica o *nomen juris*, condensa a omissão própria apenas para oficiais, traduzida pela conduta do oficial ao não proceder "contra desertor, sabendo ou devendo saber encontrar-se entre os seus comandados".

Iniciemos, dessarte, a análise do tipo objetivo da omissão. É de ressaltar que, nesse estudo, alguns elementos serão comuns tanto à omissão própria como à imprópria, enquanto outros serão específicos da omissão imprópria.

Os elementos comuns ao tipo objetivo das duas espécies de omissão são a *situação de perigo para o bem jurídico*, a *capacidade concreta de agir* e a *omissão da ação mandada*. Específicos ao tipo objetivo da omissão imprópria são o *resultado típico* e a *posição de garantidor*[444].

A *situação de perigo para o bem jurídico*, ou *situação típica*, é evidente, expressa no tipo penal de omissão própria, caracterizada pelo verbo nuclear a indicar que o agente deveria ter atuado de maneira determinada (*deixar*, *omitir* etc.).

Já na omissão imprópria, a *situação de perigo para o bem jurídico* está implícita nos crimes de resultado. Há que ter em conta, a propósito, que para chegar à conclusão de que a omissão imprópria é constitucional, deve-se fazer leitura específica dos crimes materiais, de modo a considerar que o resultado típico pode ser alcançado simultaneamente por ação ou por omissão de ação. Desse modo, o tipo de homicídio, e. g., deve ser compreendido como "matar alguém, por ação proibida ou por omissão de ação mandada, na posição de garantidor do bem jurídico"[445].

Outra questão que se levanta em relação à omissão imprópria refere-se à possibilidade ou não de que todos os tipos de resultado comportem omissão imprópria. Acena a doutrina no sentido de que apenas os delitos protetores de bens jurídicos mais relevantes devem comportar tal possibilidade. Entendemos, todavia, que a possibilidade, ao menos teoricamente, abrange todos os tipos de resultado, sendo temerário simplesmente eleger os bens jurídicos mais relevantes.

O segundo elemento comum à omissão própria e imprópria é a *capacidade concreta de agir*. Significa dizer que somente será a omissão (própria ou imprópria) relevante penalmente se o agente era, ao tempo da conduta, capaz de atuar conforme a ação exigida. Dessa forma, não será autor de homicídio o militar do Estado que, algemado pelo homicida, assista a morte de um terceiro.

Finalmente, como último elemento do tipo objetivo, comum à omissão própria e imprópria, temos a efetiva *omissão da ação mandada*, que se caracteriza pela não realização da ação de proteção do bem jurídico em situação de perigo.

Como já dissemos, o tipo objetivo de omissão imprópria comporta dois outros elementos peculiares: o *resultado típico* e a *posição de garantidor*. Sobre este – que torna todos os crimes comissivos por omissão crimes próprios, pois somente podem ser cometidos por pessoas determinadas –, já discorremos ao versar sobre a atribuição do resultado nos crimes omissivos**[446]**, restando apenas tratar do *resultado típico*. Basta dizer que o tipo objetivo da omissão imprópria exige que o resultado típico se concretize em razão da omissão verificada. A causalidade aqui, como vimos, não é real, mas hipotética, uma *probabilidade próxima da certeza*.

Passemos, agora, à análise do tipo subjetivo da omissão.

Na omissão própria, exige-se o dolo, sendo impossível o preenchimento da tipicidade subjetiva pela culpa. Há que se fazer uma ressalva, mais uma vez, ao crime de inobservância de lei regulamento ou instrução (art. 324 do CPM) – inconstitucional no nosso sentir, mas defendido por alguns –, que, embora possa ser praticado por omissão, comporta uma modalidade culposa, nos

termos do preceito secundário, que prevê a pena por fato negligente.

Já a omissão imprópria pode verificar-se tanto em âmbito doloso como culposo, obviamente se o delito de resultado consagrar tal modalidade na Parte Especial.

Para um último esclarecimento acerca do dolo nos crimes omissivos, é importante transcrever notável lição de Cirino dos Santos, segundo a qual o dolo, em ambas as modalidades de omissão, "não precisa ser constituído de consciência e vontade como nos tipos de ação: basta deixar as coisas correrem com conhecimento da situação típica de perigo para o bem jurídico e da capacidade de agir (na omissão de ação própria), mais o conhecimento da posição de garante (na omissão de ação imprópria), porque dolo como vontade consciente de omitir a ação mandada constitui exceção rara (o médico decide recusar paciente em estado grave sob o argumento de inexistência de leito livre)"**[447]**.

— Tipo penal militar culposo

Ingressamos, agora, na análise dos tipos culposos. De pronto, deve-se indicar curiosa posição de Cirino dos Santos, que prefere a expressão "crimes de imprudência" à expressão "crimes culposos". Apesar de discordar da vertente evidenciada pelo mestre, fazemos questão de consignar seu arrazoado para essa distinção, feito em nota de rodapé de sua obra, na seguinte conformidade:

"O substantivo culpa e o adjetivo culposo são inadequados por várias razões: primeiro, confundem culpa, modalidade subjetiva do tipo, com culpabilidade, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de culpa em sentido estrito e culpa em sentido amplo, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual crime culposo parece mais grave que crime doloso, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo imprudência e o adjetivo imprudente exprimem a ideia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes culpa e culposo; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna,

parece melhor definível como imprudência"**[448]**.

Não encontramos razão substancial, com a devida vênia do mestre Cirino dos Santos, para modificar o que já tão bem foi explanado pela dogmática. A compreensão da teoria geral do delito já apresenta complexidade suficiente para ocupar-nos com estudos extenuantes, razão pela qual toda e qualquer alteração do que hoje se conhece deve ser impulsionada por motivo de substância, e não simples alteração de nomes, títulos etc. Dessa forma, permanecemos com o substantivo *culpa* e o adjetivo *culposo*, ao passo que explicamos que a presente advertência foi consignada para que o estudioso do Direito Penal Militar conheça outro ponto de vista, oriundo de uma sumidade no assunto como o é Juarez Cirino dos Santos.

Retomando o estudo, à guisa de premissa, deve-se ter em mente que a estrutura do tipo penal culposo diverge bem daquela estudada no tipo doloso.

Inicia-se pelo fato de, normalmente, caracterizarem-se por *tipos abertos* sem que a descrição penal se esgote no tipo, sendo complementada pela Parte Geral (*tipicidade indireta* ou adequação típica de subordinação *mediata*). Prossegue a distinção pela ausência ou, pelo menos, pela irrelevância de elemento subjetivo**[449]**, não havendo falar em tipicidade subjetiva quando se trata de delito culposo. Sem embargo, a tipicidade do ilícito culposo surge da divergência entre a conduta praticada pelo agente e aquela que deveria ter sido por ele praticada para evitar o resultado danoso ao bem jurídico. Há, dessa forma, um *desvalor da ação*, o que centra a análise do crime culposo em um foco objetivo, referente à tipicidade, e normativo, referente à culpabilidade.

Em suma, portanto, pode-se asseverar que culpa é a não observância do dever objetivo de cuidado, materializada por conduta causadora de um resultado típico, relevante penalmente**[450]**.

Importa notar, em reforço à ausência ou irrelevância de elemento subjetivo a caracterizar a culpa, que a ação como regra é dirigida a um fim lícito; o resultado provocado, porém, é ilícito, por conta da escolha equivocada do meio ou da forma de praticar uma conduta.

Exemplo esclarecedor nos traz Bitencourt ao descrever um acidente de

trânsito com vítima. O fim perseguido pelo agente é irrelevante para o Direito Penal, porquanto apenas quer ir de um ponto a outro, conduzindo veículo automotor – ressalte-se também ser o meio penalmente irrelevante. Mas a forma, em alta velocidade, por exemplo, é relevante para o Direito Penal, o que somente sobressaiu em razão do resultado produzido, e. g., a morte de um pedestre**[451]**.

Outra questão a ser sedimentada diz respeito à objetividade da tipicidade. Com efeito, por ocasião da análise da tipicidade não há que averiguar as condições do agente a ponto de definir se poderia ele ter adotado as cautelas exigidas; basta que haja a incongruência entre a conduta adotada e aquela ideal a evitar a lesão ao bem jurídico. A indagação acerca das condições pessoais do agente deve ficar reservada ao campo da culpabilidade, que no crime culposo tem a mesma estrutura do crime doloso, ou seja, imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, obviamente ao se adotar a *teoria normativa pura da culpabilidade*, idealizada no finalismo, como veremos.

Na análise do delito culposo, dessarte, devem ser verificadas a *tipicidade* – caracterizada pela contrariedade da ação praticada àquela ideal –, a *antijuridicidade* – caracterizada pela inobservância do dever objetivo de cuidado (previsibilidade objetiva) – e a *culpabilidade*, que apresenta a previsibilidade subjetiva como um de seus pressupostos.

No estudo mais detido da tipicidade culposa, temos como *elementos constitutivos* do delito culposo: a *inobservância do cuidado objetivo devido*; a *produção de um resultado relevante penalmente e o nexo causal*; a *previsibilidade objetiva do resultado*; a *conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado*.

A *inobservância do cuidado objetivo devido* caracteriza-se pela falta de diligência devida, elemento fundamental do tipo do delito culposo. Deve ser verificada comparando-se a *direção finalista real* com a *direção finalista para evitar lesão a bem jurídico*. A investigação, dessa forma, condensa-se em duas arguições: 1) Qual o dever de cuidado exigido do agente? 2) A conduta realmente

verificada atendeu a esse dever? Sendo negativa a resposta para a segunda indagação, ter-se-á por resultado a conclusão pela inobservância**[452]**. Deve-se tomar o cuidado nessa construção de lembrar que a análise desse elemento do crime culposo deve passar pela atual conformação do *princípio da confiança*, discutido, como vimos, no seio da imputação objetiva, mesmo para crimes dolosos, no funcionalismo de Günther Jakobs e de Claus Roxin, mas que hoje, mesmo para os que não aceitam esse sistema, reveste-se de inequívoca importância na discussão do crime culposo. Acerca dessa construção, valem as lições de Cezar Roberto Bitencourt, nos seguintes termos:

"Na vida em sociedade, é natural que cada indivíduo se comporte como se os demais também se comportassem corretamente. Para a avaliação, *in concreto*, da conduta correta de alguém, não se pode, de forma alguma, deixar de considerar aquilo que, nas mesmas circunstâncias, seria lícito esperar de outrem. Esse critério regulador da conduta humana recebe a denominação de *princípio da confiança* (*Vertrauensgrundsatz*).

Como o *dever objetivo de cuidado* dirige-se a todos, nada mais justo que esperar que cada um se comporte com a prudência e a inteligência necessárias para a convivência harmônica de toda a coletividade. As relações sociais não são orientadas pela desconfiança, com a presunção de que o semelhante não cumprirá com suas obrigações de cidadãos. Por razões como essa é que o *dever objetivo de cuidado* dirige-se a todos, indistintamente, visto num plano puramente objetivo. À evidência, só quem observa corretamente o dever objetivo de cuidado pode invocar a seu favor o princípio da confiança. (...)"**[453]**.

Com efeito, em alguns casos, apesar de o pretenso agente ter o dever objetivo de cuidado, é razoável esperar que os outros cidadãos que o circundam têm também um dever e o observarão (cumprirão) adequadamente. O clássico exemplo trazido pela doutrina está no crime culposo de trânsito, em que alguém (motorista "a"), por exemplo, avança sobre uma via tranquilamente, colhendo um outro automóvel que não respeitou o sinal de parada na marcação do asfalto, causando lesões corporais neste motorista (motorista "b"). Ora, muito embora tenhamos o ímpeto de responsabilizar o motorista "a", foi quebrada uma

expectativa de que o motorista “b” iria cumprir seu papel no contexto social, ou seja, iria parar diante da sinalização, o que não ocorreu, não se podendo, dessa forma, responsabilizar o motorista “a” pelas lesões sofridas.

Essa visão, ressalte-se, já alcançou a jurisprudência. Por todos, *vide* o *Habeas Corpus* n. 147.250/BA (2009/0178790-9), julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 4 de março de 2010, sob relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

“PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM PERIGO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO.

1. O fundamento da responsabilidade pelo crime culposo reside na violação do dever objetivo necessário nas circunstâncias. *In casu*, tendo o motorista respeitado todas as regras de trânsito, surgindo o transeunte, de inopino, na via, provocando o seu próprio óbito, mostra-se ilegal o processo crime pela suposta prática de homicídio culposo. Tem-se, a um só tempo, o emprego dos princípios da confiança e da autocolocação da vítima em perigo, o que, à evidência, exclui a tipicidade do comportamento do condutor.

2. Ordem concedida para trancar a ação penal 2575080/2009, em curso perante a 17ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA”.

Para concluir pelo delito culposo, imprescindível a presença do *resultado típico* e, mais ainda, que esse resultado seja a materialização da ação inicialmente desvalorada, o que anuncia outro elemento supracitado, qual seja, “a conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado. O crime culposo não tem existência real sem resultado. Há crime culposo quando o agente não quer e nem assume o risco da produção de um resultado, previsível, mas que mesmo assim ocorre. Se houver inobservância de um dever de cuidado, mas se o resultado não sobrevier, não haverá crime”**[454]**. Esse resultado, todavia, deve ser decorrência da ação inicialmente reprovada, não havendo crime se o resultado não decorrer exatamente da *inobservância do cuidado*

devido.

A previsibilidade objetiva do resultado se alcança pela colocação de um observador inteligente no momento anterior à perpetração da conduta reprovada, devendo haver consideração das circunstâncias concretas do caso, as circunstâncias conhecidas pelo autor e a "experiência comum da época sobre os cursos causais"**[455]**.

Questão também afeta ao estudo dos delitos culposos diz respeito às modalidades de culpa. São elas: a *imprudência*, a *negligência* e a *imperícia*.

A *imprudência* distingue-se pela atuação do agente "com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas, não usando de seus poderes inibidores"**[456]**. É exemplo de imprudência o disparo acidental de arma de fogo, causando lesão corporal em militar, em abordagem em que o sujeito ativo mantém o dedo na tecla do gatilho.

Caracteriza-se a *negligência* pela "inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou preguiça mental**[457]**. Exemplo de negligência seria o acidente automobilístico provocado por falta de óleo de freios, não verificada a irregularidade pelo motorista.

Por fim, a *imperícia* traduz-se pela incapacidade, pela "falta de conhecimentos técnicos no exercício de arte ou profissão, não tomando o agente em consideração o que sabe ou o que deveria saber"**[458]**. Como se vê, a imperícia somente pode surgir quando se pressupõe perícia, ao que não corresponde o agente. O médico diplomado que apresenta uma falibilidade por defeito em conhecimento que deveria ter é imperito; caso não seja médico diplomado, será imprudente.

Por derradeiro, uma última questão que interessa ao estudo do delito culposo prende-se à distinção das espécies de culpa. São elas: a culpa inconsciente e a consciente.

Inicialmente, cumpre lembrar que o Código Penal Militar, ao cominar as penas na Parte Especial, não atribui consequências distintas a uma ou outra

espécie. Entretanto, deve-se notar que, comparado ao Código Penal comum, o dispositivo da Parte Geral é muito mais completo, distinguindo uma espécie da outra. Vejamos o artigo:

"Art. 33. Diz-se o crime:

(...)

II – culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo".

A culpa inconsciente se apresenta quando o resultado decorrente da ação reprovada não é representado pelo agente; é a espécie mais comum de culpa.

Já a culpa consciente ocorre quando o resultado é representado pelo agente, porém há leviana crença, por habilidade extremada etc., de que tal consequência não ocorrerá. Como se pode concluir, a culpa consciente está muito próxima do dolo eventual, mas com este não se confunde: "no dolo eventual, o agente anui ao advento desse resultado, assumindo o risco de produzi-lo, em vez de renunciar à ação"**[459]**; já na culpa consciente, "ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, na esperança convicta de que este não ocorrerá"**[460]**.

Como já afirmamos, no preceito secundário dos tipos penais militares não há distinção, no que tange à dosimetria da pena, para uma ou outra espécie de culpa, cabendo ao juiz entender qual circunstância, no caso concreto, merecerá maior reprovabilidade.

Assinalamos, ainda, outra espécie de culpa, a chamada *culpa imprópria* (*culpa por extensão* ou *por assimilação*), que exsurge do erro de fato culposo (art. 36, § 1º, do CPM) ou do excesso nas causas de justificação (art. 45 do CPM). Nesses casos, o agente deseja o resultado típico, portanto há dolo na persecução do resultado; há, no entanto, um vício em sua representação da realidade, como pode ocorrer nas descriminantes putativas. Em razão da presença do dolo, há seguimento doutrinário que não assente na classificação de

tais delitos como delitos culposos, mas sim dolosos, com o apenamento de uma culpabilidade culposa, ou seja, haveria um tipo de injusto doloso com a consequência de um tipo de culpabilidade de culposo[461].

Importa, ainda, mencionar a possibilidade do crime preterdoloso, que constitui modalidade intermediária entre o delito doloso e o culposo. O *crime preterdoloso* ou *preterintencional* traduz-se por aquele cujo resultado vai além da intenção do agente, ou seja, há dolo na conduta precedente e culpa no resultado consequente. Hoje, como assinala Bitencourt, busca-se diferenciação entre o *crime preterintencional* e o *crime qualificado pelo resultado*. No primeiro, o resultado consequente contém o bem jurídico precedente, a exemplo da lesão corporal, nos termos do § 3º do art. 209 do CPM; já no segundo, o resultado consequente não comporta o bem jurídico afetado pela conduta anterior, como no caso da violência contra superior, nos termos do § 3º do art. 157, ou mesmo do art. 159, ambos do CPM[462].

Finalmente, cumpre assinalar que os delitos culposos se verificam por exceção, porquanto o parágrafo único do art. 33 do CPM erigiu, tal qual o Código Penal comum, o *princípio da excepcionalidade do crime culposo*, de sorte que um crime somente poderá se configurar sob a forma culposa se houver expressa previsão legal.

— Tipo legal do crime militar: as hipóteses do art. 9º do CPM

Sob nosso enfoque, uma das principais dificuldades no estudo do Direito Penal está em diferenciar o delito militar do delito comum, e tal distinção de suma importância, uma vez que várias consequências tomarão corpo após tal posição.

Asseveramos nesta obra que o problema da distinção está exatamente na *tipicidade* (em sentido estrito). Em outras palavras, conhecendo bem o tipo legal dos crimes militares, o operador poderá, por exclusão, concluir que uma conduta delitiva em estudo caracteriza crime comum.

Nesse contexto, devemos conhecer bem a Parte Especial do Código Castrense, o que buscaremos adiante nesta obra, porém também é fundamental o

conhecimento do art. 9º do referido *Codex*, mormente em se tratando de casos em que a conduta apreciada satisfaça tanto um tipo legal do Código Penal Militar como um da legislação penal comum.

Diga-se, preliminarmente, que o art. 9º do CPM trata dos crimes militares em tempo de paz, portanto aqueles que o operador irá encontrar corriqueiramente, o que rogamos *se mantenha para todo o sempre*.

Pois bem, ao ocorrer um fato em tese criminoso, a primeira medida é saber se a conduta verificada está tipificada na Parte Especial do Código Penal Militar, de modo a enquadrar as circunstâncias de fato à norma incriminadora.

Assim, v. g., no serviço de Policiamento Ostensivo, um policial militar mata alguém. A primeira atitude a ser adotada é verificar se, nos crimes militares em tempo de paz (caso não haja a situação excepcional de guerra declarada), o ato de matar alguém está previsto no Código Penal Militar. O intérprete chegará à conclusão de que o art. 205 tipifica o fato, havendo a possibilidade da ocorrência de ilícito penal militar.

Contudo, como já vimos, essa tipificação, por si só, não basta para caracterizar o fato como crime militar, mesmo porque o art. 121 do CP também tipifica a conduta, podendo, da mesma forma, haver o ilícito penal comum. Nesse momento surge a necessidade da análise sistemática do Código Penal Militar, buscando a complementação do tipo legal previsto na Parte Geral, pelo art. 9º, que enumerará as circunstâncias em que o ilícito disposto na Parte Especial se caracterizará como militar (*tipicidade indireta*).

Obviamente, se o delito só estiver capitulado no Código Penal Militar, bastará, para que haja crime militar, em regra, a subsunção de acordo com os elementos dos tipos legais, constantes da Parte Especial, salvo se o agente for militar inativo (reformado ou da reserva remunerada) ou civil, quando será imprescindível a complementação pelo inciso III do art. 9º, conforme veremos.

Por vezes, no entanto, a decisão por crime comum ou militar será muito complexa, suscitando um verdadeiro conflito de normas que, embora aparente, deve ser solucionado para não possibilitar dupla interpretação.

O conflito aparente de normas (ou concurso aparente de normas) é a "situação que ocorre quando ao mesmo fato, parecem ser aplicadas duas ou mais normas, formando um conflito apenas aparente. Surge no universo da aplicação da lei penal, quando esta entra em confronto com outros dispositivos penais, ilusoriamente aplicáveis ao mesmo caso"**[463]**.

Para a solução dos aparentes conflitos que eventualmente surjam, os operadores do Direito, para a escolha da norma penal adequada para abranger o caso analisado, lançam mão de alguns princípios, a saber: *especialidade*, *subsidiariedade*, *consunção* e *alternatividade*.

Por aplicação do *princípio da especialidade*, toda vez que houver a possível (entenda-se, possibilidade aparente) aplicação de duas ou mais normas, deve-se optar pela norma especial (mais específica) em detrimento da norma genérica, atendendo-se ao brocardo *lex specialis derogat generali* (norma especial derroga norma geral).

Como exemplo, na lesão corporal culposa na condução de veículo automotor aplica-se o Código de Trânsito em detrimento do Código Penal comum, pois o tipo da lesão corporal do Código Penal é genérico, enquanto o tipo do Código de Trânsito contém veículo automotor como instrumento do crime.

Vejamos agora o *princípio da subsidiariedade*.

Não raramente, o Direito Penal possui tipos incriminadores que podem enquadrar um mesmo fato, porém, uma das normas está contida, de alguma forma, na outra, evidenciando uma relação de subsidiariedade e de primariedade. Nesse caso, obviamente, o autor da lesão não poderá responder por todos os crimes cabíveis, devendo-se eleger uma das normas para aplicação, prevalecendo, pelo princípio da subsidiariedade, a que for principal, mais ampla, em detrimento daquela secundária, subsidiária.

Para Bitencourt, podemos reconhecer uma "relação de primariedade e de subsidiariedade entre duas normas quando descrevem graus de violação de um mesmo bem jurídico, de modo que a norma subsidiária é afastada pela aplicabilidade da norma principal"**[464]**. Contudo, com a devida vênia ao mestre do Rio Grande do Sul, há casos em que a subsidiariedade soluciona o conflito

entre normas que tutelam bens jurídicos diversos, e o próprio autor reconhece essa possibilidade ao exemplificar como subsidiário o crime de violação de domicílio (art. 150 do CP) – que nitidamente tutela a segurança, a intimidade e a vida privada do cidadão – em relação ao crime de furto – que tutela o patrimônio. Melhor, então, concentrar o reconhecimento da subsidiariedade não na tutela específica do bem jurídico, mas na composição do tipo penal principal que, de algum modo, deve levar à conclusão de que contém o tipo penal subsidiário, como aliás o faz Nucci, ao dispor simplesmente que uma "norma é considerada subsidiária em relação à outra quando a conduta nela prevista integra o tipo da principal (*lex primaria derogat subsidiariae*), significando que a lei principal afasta a aplicação de lei secundária"**[465]**.

A subsidiariedade, cumpre anotar, pode ser expressa ou tácita.

Tem-se a subsidiariedade expressa quando a própria norma penal prevê sua aplicação apenas quando não houver outra norma incriminadora de maior gravidade, grafando-se no texto da norma subsidiária expressões como "se o fato não constitui crime mais grave" ou análoga. Como exemplo, tomemos o crime de desrespeito a superior (art. 160 do CPM), em que a expressão acima citada está grafada no preceito secundário do tipo ("Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave").

Já a subsidiariedade tácita (ou implícita) é reconhecida quando um tipo penal constituir outro tipo incriminador, majorá-lo ou configurar-se em meio prático de sua execução**[466]**, ou seja, norma subsidiária constitui ou funciona como mecanismo de agravação da norma principal. Como exemplos podemos citar o crime de dano (art. 259 do CPM), subsidiário ao de furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo (art. 240, § 6º, I, do CPM), e o crime de constrangimento ilegal (art. 222 do CPM), subsidiário ao crime de estupro (art. 232 do CPM).

Em seguida, temos o *princípio da consunção*.

Por vezes, a relação entre as normas em conflito não é de primariedade e subsidiariedade, mas de fato descrito mais grave em relação a outro descrito em norma penal diversa, menos grave. Para Bitencourt, "há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em

outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta"[467].

Note-se que quando tratamos de subsidiariedade falamos em encaixe de uma **norma** subsidiária em outra principal e, agora, falamos em **fato** mais grave abrangendo fato menos grave, em uma relação na qual, em regra, o mais grave absorve (consome) o menos grave.

Pode ocorrer a consunção, também, quando um fato, criminalizado pela norma, é meio necessário para a prática de outro fato criminoso e, nesse caso, nem sempre o crime consumido é menos grave que aquele que o consumiu.

Em verdade, muito difícil é a distinção entre o reconhecimento da subsidiariedade ou da consunção em um caso concreto, mas, nesse mister, feliz foi a diferenciação trazida por Fernando Capez:

"(...) Na verdade, a distinção está apenas no enfoque dado na incidência do princípio. Na subsidiariedade, em função do fato concreto praticado, comparam-se as normas para se saber qual é a aplicável. Na consunção, sem recorrer às normas, comparam-se os fatos, verificando-se que o mais grave absorve os demais"[468].

A consunção, conforme acima definida, pode ser encontrada em algumas situações que merecem destaque, a saber:

1) *progressão criminosa* – fenômeno reconhecido quando o agente, inicialmente, tem a intenção de praticar crime menos grave, evoluindo, após a prática deste, para um outro delito, mais grave; ex.: um sujeito tem o dolo de causar uma lesão leve na vítima; após consumada essa lesão, o agente decide causar-lhe lesões graves e, em seguida, decide matá-la, consumando o crime; nesse caso, o homicídio, pela consunção, absorverá as lesões;

2) "*antefactum*" *não punível* – situação que se apresenta quando um fato é meio necessário para a prática de outro fato criminoso; ex.: um sujeito acha uma folha de cheque, falsifica a assinatura e a utiliza para fazer uma compra; nesse caso, a falsificação é um meio necessário para a prática do crime de estelionato e se exaure com ele, ou seja, a falsificação não poderá ser

utilizada para a prática de outros crimes; o estelionato absorve a falsificação e, note-se, a pena do estelionato é menor que a pena do crime de falso; essa situação encontra guarida na Súmula 17 do STJ**[469]**, mas tem sido criticada pela doutrina**[470]**;

3) "*postfactum*" *não punível* – nessa situação há a prática de um fato que se entende consequência natural, lógica, do primeiro fato criminoso, ex.: um sujeito furta um objeto e o vende; o fato de o agente ter vendido o bem furtado é irrelevante, tendo em vista que o furto não deixará de ser punido;

4) *crime progressivo* – aqui já temos uma ofensa progressiva ao bem jurídico, de modo que o dolo, desde o início, é atingir o crime mais abrangente, necessariamente passando por estágios intermediários, sem que o autor se dê conta disso; para exemplificar, tome-se um sujeito que tem o dolo de matar a vítima e, para isso, utiliza-se de um instrumento qualquer que vai causando lesões, desde as leves às gravíssimas, até chegar à consumação do crime; nesse caso, o homicídio absorve as lesões, porquanto o dolo era de matar a vítima; deve-se notar que na progressão criminosa, o dolo não era único desde o princípio, mas foi evoluindo com o tempo (primeiro queria causar lesões leves, após isso, lesões graves e, finalmente, decidiu matar a vítima).

Por fim, tradicionalmente, temos o *princípio da alternatividade*.

Esse princípio deve ser invocado quando houver uma só norma contendo várias condutas, ou seja, várias formas de realização de um crime, como no caso do crime de tráfico de drogas. Assim, quem transporta a droga para depois vendê-la, não pode responder duas vezes pelo crime do art. 290 do CPM.

Há, no entanto, outro entendimento acerca do princípio da alternatividade, segundo o qual "a aplicação de uma norma a um fato exclui a aplicabilidade de outra, que também o prevê, de algum modo, como delito. Ex.: o fato conjunção carnal permite o enquadramento nos delitos de estupro (art. 213), posse sexual mediante fraude (art. 215) e até mesmo assédio sexual (art. 216-A). Assim, eleito o estupro, estão, automaticamente, afastados os delitos de posse sexual mediante fraude e assédio sexual"**[471]**.

Apesar dessa segunda visão acerca do princípio, preferimos a primeira conformação, porquanto da forma como exposto na segunda vertente, o princípio da alternatividade não será nada mais que uma consequência lógica dos demais princípios.

Vale lembrar que para alguns doutrinadores, a exemplo de Jorge Alberto Romeiro, também é possível a extensão do princípio *in dubio pro reo* para a solução dos conflitos aparentes de normas, o que nos parece adequado sempre que for impossível a solução pelos princípios precedentes**[472]**.

Voltemos à discussão do art. 9º do CPM.

O art. 9º do CPM possui três incisos. Os incisos I e II referem-se a crimes praticados por militares da ativa, enquanto o inciso III condensa as hipóteses em que um civil ou militar inativo (reformado ou da reserva remunerada) figuram como sujeito ativo do crime militar. É fato que os incisos I e II não mencionam em seu texto o fato de se aplicarem somente a militares da ativa, contudo, sabendo que o inciso III se refere aos inativos e aos civis, o que faz expressamente, por contraposição os dois primeiros incisos só podem referir-se aos militares da ativa.

Na diferenciação entre os incisos I e II, deve-se notar que a lei penal militar usa o critério de semelhança ou não do delito militar praticado a um delito previsto na legislação penal comum. Assim, quando um militar da ativa praticar um crime militar que somente esteja capitulado no Código Penal Militar ou que esteja neste capitulado de forma diversa da legislação penal comum, aplicaremos o inciso I, que não possui alíneas complementadoras da tipicidade, como veremos. Por outro bordo, se o crime praticado pelo militar da ativa possuir capitulação no Código Penal Militar e na legislação penal comum, aplicaremos o inciso II com suas alíneas complementadoras.

Deve-se, no entanto, ter cautela nessa comparação entre CPM e legislação penal comum, não podendo afigurar-se em uma comparação *ipsis litteris*. Ocorre que em 1969 surgiram dois códigos penais, quais sejam, o Código Penal Militar, trazido pelo Decreto-Lei n. 1.001/69, e o Código Penal comum, trazido pelo Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, para entrar em vigor

em 1º de janeiro de 1970. No entanto, o CP comum de 1969, embora em *vacatio legis*, não entrou em vigor, sendo revogado, o que levou à prevalência da Parte Especial do Código Penal comum que estava vigendo à época, qual seja, o de 1940, que sobrevive até os dias de hoje com algumas alterações pontuais.

Por essa realidade histórica, fácil perceber que quando o legislador penal-militar pensou em crime militar com idêntica tipificação na legislação penal comum, pensou em uma comparação com o Código Penal comum de 1969, e não com o atualmente em vigor desde 1940, levando à necessidade de uma reformulação nessa tarefa de comparar as duas legislações, no sentido de que seja ela uma tarefa atrelada à Parte Especial do Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969.

Em outras palavras, nossa proposta é que a interpretação do art. 9º do CPM siga uma linha teleológica, comparando-se a Parte Especial do Código Penal Militar com o diploma pretendido pelo legislador penal-militar. Lembremo-nos de que a interpretação teleológica busca a aplicação da interpretação lógica ao tempo da aplicação norma interpretada, ou seja, busca-se, a exemplo da interpretação lógica, o escopo da norma, mas no momento de sua aplicação. Nesse contexto, a melhor solução para a comparação deve ser da Parte Especial do CPM com a Parte Especial do CP de 1969, pois essa foi a intenção do legislador ao idealizar o art. 9º do Código Penal Castrense.

Malgrado nossa visão, no entanto, sabemos que haverá muita resistência em aceitá-la, porquanto estaremos usando como parâmetro de comparação uma legislação revogada, de modo que, certamente, haverá operadores que preferem a comparação com a Parte Especial do vigente Código Penal Militar, obrigando-nos a pensar também nessa possibilidade, concluindo-se que essa tarefa – embora não a entendamos como a mais adequada – é possível desde que se utilize de uma comparação *substancial* e *limitada temporalmente*.

Em primeiro aporte, a comparação deve ser substancial, e não apenas literal. Em outras palavras, já que o CP comum de 1969, parâmetro ideal de comparação na nossa visão, jamais vigeu, hoje, em face da Parte Especial do Código Penal comum de 1940 e da legislação penal extravagante, o intérprete deve verificar é se há uma identidade *substancial* do tipo penal militar em

relação ao tipo penal comum.

Para facilitar a compreensão, tomemos o exemplo do crime de corrupção passiva. No Código Penal comum de 1940 (hoje em vigor), o delito vem descrito com a seguinte redação, no art. 317: "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem". Já no CPM (art. 308), a redação do tipo penal exclui o verbo solicitar, se não vejamos: "Receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem"**[473]**. Na comparação literal, facilmente se percebe que o tipo penal comum do CP em vigor possui uma modalidade não presente no seu correlato do Código Penal Militar, qual seja, a modalidade "solicitar", o que levaria à conclusão de que, para fins de aplicação do art. 9º, os tipos penais são distintos, o que poderia levar o intérprete a enquadrar o crime no inciso I do art. 9º do CPM. Na nossa proposta – alternativa, visto que, frisamos, o ideal seria comparar o dispositivo penal militar com o CP comum de 1969 –, que privilegia um critério substancial, e não apenas literal, dever-se-ia considerar o delito de corrupção passiva do CPM como semelhante ao delito do Código Penal comum, porquanto as modalidades "receber" e "aceitar promessa", presentes no crime militar em destaque, estão contidas no tipo penal do Código Penal comum, apenas não existindo uma modalidade ("solicitar"), devendo-se, portanto, aplicar o inciso II do art. 9º do CPM. A não adoção desse critério substancial, note-se, levaria a uma absurda distinção no seio dos crimes contra a Administração Militar, porquanto haveria crimes, a exemplo da concussão, com idêntica definição nos arts. 316 do Código Penal comum e 305 do CPM, em que aplicaríamos o inciso II, enquanto existiriam outros, a exemplo do que se demonstrou na corrupção passiva, em que aplicaríamos o inciso I, ambos do art. 9º do CPM, possibilidade que, em nossa visão, deve ser rechaçada pela busca de uma semelhança substancial, e não apenas literal.

Deve, ainda, a comparação entre o tipo do Código Penal Militar e o da legislação penal comum encontrar uma *limitação temporal*, remontando à época

de surgimento do Código Penal Militar, como se produzíssemos uma fotografia das duas legislações (comum e militar), em 1º de janeiro de 1970, e o cotejo – substancial, ressalte-se pelo que já se expôs – sempre utilizasse essa realidade, de sorte que o enquadramento como semelhante ou não à legislação penal comum deve ter por parâmetro o texto original do CPM, na data de sua entrada em vigor, e o texto da legislação penal comum da época – isso, frise-se mais uma vez, se não aceita nossa proposta inicial de comparação entre CPM e CP de 1969 –, que no plano codificado, ressalte-se, refere-se ao texto original da Parte Especial do Código Penal comum de 1940, uma vez que o Decreto-Lei n. 1.004/69, parâmetro ideal de comparação, encontrava-se em *vacatio legis*, jamais entrando em vigor.

Defendemos essa situação por um simples fato, qual seja, o de que as legislações penais comum e militar podem sofrer alterações na descrição típica – o que ocorre com muito mais frequência com o Código Penal comum –, importando em um maior distanciamento entre elas. A dinâmica das alterações legislativas é, em regra, desastrosa. Isso não somente em função de leis malversadas, mas em função do esquecimento da legislação penal militar. Em outros termos e de forma bem mais simples: altera-se o Código Penal comum e esquece-se de alterar o correlato artigo do Código Penal Militar.

Tomemos por exemplo o crime de estupro. Na redação original do CPM, até hoje mantida, capitula-se o delito no art. 232 com a seguinte redação: “Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Comparando o texto também original do Código Penal de 1940 – ressalte-se, mais uma vez, que o ideal seria a comparação com o art. 239 do Decreto-Lei n. 1.004/69, sem a alteração da Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973 –, em 1º de janeiro de 1970, tínhamos no art. 213 a seguinte redação: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Portanto, tínhamos, substancial e até literalmente, tipos penais idênticos, o que levaria a enquadrar o delito militar no inciso II do art. 9º do CPM. Ocorre que a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou o tipo penal do estupro no Código Penal comum, esquecendo-se de proceder a alteração no tipo penal militar correlato, de sorte que o crime comum de estupro, embora capitulado ainda no art. 213, possui a seguinte redação: “Constranger *alguém*, mediante violência ou grave

ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique *outro ato libidinoso*" (g. n.). Como se percebe, agora os tipos penais são substancial e literalmente diversos, visto que o crime comum de estupro pode ser praticado por qualquer pessoa e sob qualquer forma de ato libidinoso, enquanto o crime militar de estupro somente pode possuir por agente pessoa do sexo masculino e restringe-se à conjunção carnal. Surge, pois, a pergunta: hoje, o crime militar de estupro deve ser enquadrado no inciso I do art. 9º do CPM, por ser diverso daquele capitulado na legislação penal comum, ou no inciso II do mesmo artigo, por dever ainda ser compreendido como semelhante ao seu correlato na legislação penal comum?

Em nossa visão, entendemos, como já consignado, que a comparação deve remontar à data de 1º de janeiro de 1970, respeitando a redação da época das legislações penais comum e militar, de modo que se evite a constante alteração de enquadramento de um tipo penal militar nos incisos do art. 9º, simplesmente por uma alteração legislativa desastrosa que, como sói acontecer, alterará o tipo penal da legislação penal comum, esquecendo-se da legislação penal militar. Poderíamos até admitir que uma alteração de um tipo penal no Código Penal comum significasse um deslocamento de seu correlato no Código Penal Militar, se o legislador ordinário, ao expor seus motivos da alteração do tipo penal comum, expressamente mencionasse sua intenção em trasladar o tipo penal militar do inciso II para o inciso I do art. 9º do CPM, mas não foi o que ocorreu com a Lei n. 12.015/2009, e não é o que ocorre naturalmente com as alterações da lei penal comum.

É possível que se indague qual a relevância desse estudo, enquadrando-se um tipo penal, a exemplo do estupro, num ou noutro inciso do art. 9º do CPM. Entendemos, em resposta a essa indagação, que a relevância da discussão e de se firmar a compreensão a que se propõe é fundamental para a caracterização do crime militar, já que, como vimos sucintamente acima e veremos mais detidamente abaixo, o enquadramento de um tipo penal no inciso II do art. 9º importará, para sua configuração como crime militar, na necessidade de complementação da tipicidade por algumas alíneas dispostas no inciso (*tipicidade indireta*), enquanto se enquadrarmos o tipo no inciso I do mesmo artigo, essa

complementação típica será prescindível.

Mais uma vez, trabalhemos com o exemplo do estupro. Caso enquadremos o estupro no inciso II, um militar da ativa somente cometerá o delito militar de estupro se o praticar contra outro militar da ativa (alínea *a* do inciso II do art. 9º do CPM)**[474]**, ou contra civil, militar da reserva ou reformado desde que seja em local sob administração militar (alínea *b* do inciso II do art. 9º do CPM), ou contra civil, militar da reserva ou reformado, desde que o sujeito ativo esteja em serviço (alínea *c* do inciso II do art. 9º do CPM), ou, finalmente, contra civil, militar da reserva ou reformado, desde que o sujeito ativo esteja em período de manobra ou exercício (alínea *d* do inciso II do art. 9º do CPM). Note-se que o enquadramento no inciso II, limita a ocorrência de crime militar às estritas hipóteses de suas alíneas, reduzindo sensivelmente as possibilidades de cometimento do delito castrense. Por outro bordo, se levarmos o estupro, em razão da alteração legislativa no Código Penal comum, para o inciso I do art. 9º, todo crime de estupro praticado por militar da ativa será um crime militar, pois, note-se, não haverá necessidade de complementação típica, já que o referido inciso prescinde dessa complementação, de sorte que se um militar da ativa estuprar uma mulher não militar, estando de folga e em local não sujeito à administração militar, ainda assim teremos um crime militar nas mãos.

A propósito das conclusões acima, por óbvio, o raciocínio pode muito bem ser aplicado para o confronto dos crimes de atentado violento ao pudor (art. 233 do CPM e hoje sem correlato, ao menos com esse *nomen juris*, na legislação penal comum) e a corrupção de menores (art. 234 do CPM e hoje prevista de forma substanciamente diferente no art. 218 do CP comum).

Bem verdade que apenas pelo critério de comparação substancial é possível defender que os crimes de estupro, atentado violento ao pudor, estão previstos nas duas legislações penais de forma substancialmente idêntica, mas imagine-se, por exemplo, que, no Código Penal comum, o crime de atentado violento ao pudor fosse simplesmente revogado, sem ser inserido no tipo penal do estupro, quando então o critério de limitação temporal seria fundamental.

Em resumo, portanto, na comparação dos tipos penais militares com os

tipos penais comuns, sustentamos, em primeiro plano, que essa tarefa se dê teleologicamente, tendo por parâmetro o CP comum de 1969 (Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969). Todavia, caso haja repulsa a essa visão por se referir a uma legislação revogada, ao menos deve-se afastar uma interpretação puramente literal, prestigiando-se uma tarefa que busque a semelhança substancial e limitada temporalmente à data de entrada em vigor do Código Penal Militar, ou seja, 1º de janeiro de 1970.

Por fim, a comparação mencionada, seja qual for a proposta adotada, para decidir pela aplicação do inciso I ou do inciso II do CPM, deve ser feita em relação ao tipo penal base, e não em relação às qualificadoras. Exemplificativamente, uma vez constatado que os tipos penais comum e militar do homicídio são semelhantes, todas as demais figuras típicas (qualificadoras, modalidades culposas etc.), ainda que presentes em um Código e não em outro, como o caso do inciso V do § 2º do art. 205 do CPM ("prevalecendo-se o agente da situação de serviço"), qualificadora inexistente no § 2º do art. 121 do CP, por depender da figura típica inicial, não afastarão a aplicação do inciso II do art. 9º do CPM.

Vejamos, agora, as hipóteses do art. 9º do CPM.

Inciso I do art. 9º do CPM. Para esse inciso, consideram-se crimes militares, em tempo de paz, os crimes de que trata o CPM, "quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial".

Este inciso não requer explicações prolongadas, porquanto seu texto é claro. Cabe apenas exemplificar as hipóteses nele previstas.

Em sua primeira parte, o dispositivo trata dos crimes definidos de modo diverso na legislação comum, e. g., o dano culposo (art. 266 do CPM) e os crimes de "fazer desaparecer coisas" (arts. 259 e 265 do CPM)**[475]**.

Já na sua segunda parte o inciso refere-se àqueles crimes que são capitulados apenas no Código Penal Militar, não havendo correspondente na legislação comum. Assim, o desrespeito a superior (art. 160), a insubmissão (art.

183) e a deserção (art. 187)**[476]**.

A parte final do dispositivo, ao consignar a expressão "qualquer que seja o agente", busca dar uma amplitude à norma que, na esfera estadual, não ocorre. Por esse dispositivo, o furto de viatura da Polícia Militar com a intenção de restituição posterior (furto de uso – art. 241 do CPM), mesmo que praticado por civil, seria crime militar e, portanto, passível de reprimenda aplicada pela Justiça Militar Estadual. Obviamente, com base no exposto no art. 125, § 4º, da CF, o civil jamais cometerá tal delito na esfera estadual, porquanto a Justiça Castrense não julga civis nessa esfera, levando à atipicidade do fato para o foro militar**[477]**.

Cabe ressaltar, ainda, que, para alguns, o inciso em questão seria aquele que trata dos crimes propriamente militares, porquanto fala em tipos inexistentes no Código Penal comum e naqueles capitulados de forma diversa. Como já expusemos, todavia, a melhor definição de crime propriamente militar seria a proveniente da teoria postulada por Jorge Alberto Romeiro, com algumas adaptações, segundo a qual somente os crimes cuja ação penal possa ser proposta apenas contra militares podem pertencer à classe dos propriamente militares.

Dessarte, deve-se evitar o equívoco de aplicar as alíneas do inciso II do art. 9º, estudado em seguida, aos crimes a que se refere o inciso I do mesmo artigo. Como exemplo, uma violência contra superior (art. 157 do CPM), abrangida pelo inciso I, não necessita ser praticada em lugar sujeito à Administração Militar, pois esse elemento espacial está previsto na alínea *b* do inciso II do art. 9º, não se aplicando ao delito exemplificado. Claro que se esse elemento espacial viesse grafado no tipo penal da Parte Especial, deveria ele ser preenchido para haver subsunção ao tipo penal, mas não por aplicação do art. 9º, e sim por tipicidade direta (ou adequação típica de subordinação imediata), como ocorre no crime previsto no art. 235 do CPM (pederastia ou outro ato de libidinagem).

Há exceção a essa regra, ou seja, existe um crime que, apesar de estar previsto apenas no CPM, deve ser complementado pelo inciso II do art. 9º, mas

essa condição somente ocorrerá quando a lei penal militar expressamente comandar. Trata-se do delito de violação de recato, capitulado no art. 229 do CPM que, por imposição do art. 231, deve ser complementado, para ser crime militar, pela alínea *a* do inciso II do art. 9º. Em outras palavras, só haverá violação de recato, crime sem correlato na legislação penal comum, se for praticado por militar da ativa contra militar da ativa. Deve-se também notar que há a mesma previsão para outros crimes, ou seja, somente se tornarão militares quando praticados por militar da ativa contra militar da ativa, sendo o caso dos art. 227 (violação de correspondência, por expressa previsão de seu § 4º), 228 (divulgação de segredo, por expressa previsão do art. 231) e incisos do art. 251 (disposição de coisa alheia como própria, por expressa previsão do § 2º), contudo tais crimes possuem correlatos no Código Penal comum, respectivamente nos arts. 151, 153 e incisos do § 2º do art. 171, aplicando-se a regra de subsunção no inciso II do art. 9º, porém com restrição à alínea *a*.

Por derradeiro, uma última observação em relação à tipicidade indireta. Há a possibilidade de um delito, capitulado apenas no CPM, carecer de complementação típica pelas alíneas do inciso II do art. 9º, ainda que a lei penal militar expressamente não determine, ocorrendo a combinação por via reflexa. É o que se dá, por exemplo, com o crime de furto de uso, capitulado no art. 241 do CPM. De notar que tal delito existe apenas no CPM, com a seguinte descrição típica: "Se a coisa é subtraída para o fim de uso momentâneo e, a seguir, vem a ser imediatamente restituída ou reposta no lugar onde se achava". Em uma primeira abordagem, poder-se-ia defender que como o crime de furto de uso apenas encontra capitulação no Código Penal Castrense, bastariam os elementos típicos da Parte Especial para a configuração do delito. Todavia, fácil perceber que o crime em foco, para ser verificado, depende do precedente preenchimento do tipo penal que o antecede, a saber, o furto simples, capitulado no art. 240 do mesmo Código, que por sua vez exige complementação típica das alíneas do inciso II art. 9º, por possuir semelhante previsão na lei penal comum. Dessa forma, conclui-se que o furto de uso somente será configurado em casos em que haja o preenchimento dos elementos típicos do furto simples, complementados por uma das alíneas do inciso II do art. 9º do CPM.

Inciso II do art. 9º do CPM. A simplicidade verificada no inciso I, entretanto, não se repete no *inciso II*, que trata de crimes com definição idêntica no Código Penal Militar e na legislação penal comum, não bastando a capitulação na Parte Especial para que a hipótese de crime militar se concretize. Somente teremos o crime militar com a ocorrência concomitante de um "*plus*" *de condições*, como afirma Romeiro**[478]**, condições essas que são expressas pelas alíneas do inciso em questão.

Pelo *caput* do inciso II, também são crimes militares em tempo de paz os crimes previstos no Código Penal Militar, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum – e aqui sugerimos, em primeira alternativa, a comparação com o CP de 1969, ou, de forma secundária, a busca de uma semelhança substancial, e não literal, como já dispusemos acima –, quando praticados em uma das circunstâncias e condições enumeradas nas alíneas do inciso, as quais passaremos a verificar detidamente.

Alínea "a" do inciso II do art. 9º do CPM. A alínea *a* do inciso II estatui que são crimes militares os praticados "por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado". Por essa simples previsão (*ratione personae* ou *ratione materiae* na visão tradicional) verificamos a necessidade de aduzir comentários a uma série de elementos (*normativos*).

Preliminarmente, há que delimitar o conceito de "militar" para fins de aplicação da lei penal militar. Tal conceito, ao qual já nos referimos quando do estudo da interpretação e integração da lei penal militar, está expresso no próprio Código Penal Castrense, em seu art. 22, configurando-se assim uma interpretação autêntica (contextual), porquanto explica a mensagem da lei pelo próprio legislador. Obviamente, esse artigo deve ser interpretado de forma sistemática com o comando constitucional dos arts. 42 e 125, § 4º, incluindo os militares dos Estados nesse rol. É dizer que o art. 22 do CPM ganhou maior amplitude, incorporando os policiais militares e os bombeiros militares para fins da aplicação da lei penal militar ao *conceito de* "*militar*". Cumpre relembrar, mesmo que se considere o referido artigo como revogado em face da nova ordem constitucional, há que se manter influência na análise dos tipos penais, por

interpretação teleológica, como já sustentamos ao tratar da interpretação autêntica no CPM.

Nos termos do citado art. 22, considera-se militar “qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar”. Com base no texto legal, muito perspicaz se torna a observação de Célio Lobão ao entender que foi o legislador castrense redundante ao consignar a expressão “militar em situação de atividade” na alínea em estudo, visto que ao utilizar a palavra “militar”, por força do art. 22, com a extensão necessária do art. 42 da Lei Maior, o Código Penal Militar refere-se sempre a militar da ativa**[479]**. Note-se que a exata compreensão desse elemento normativo é muito útil, inclusive em tipos legais abrangidos pelo inciso I, que, ao consignarem a palavra “militar”, referem-se, necessariamente, aos militares da ativa. Dessa forma, à guisa de exemplo, o crime de motim, capitulado no art. 149 do CPM, só se verifica se houver, no mínimo, dois militares da ativa, já que o tipo legal dispõe: “Reunirem-se militares...”. Militares inativos podem ser responsabilizados por esse delito se estiverem em concurso de pessoas, por força do art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM, ou quando forem equiparados a militares da ativa, nos termos do art. 12 do mesmo *Codex*.

A extensão do tipo, portanto, refere-se ao militar da ativa, compreendido como tal aquele que esteja de folga, licenciado (mesmo que para fins particulares) ou em local não sujeito à Administração Militar**[480]**. Portanto, para a configuração dessa hipótese jurídica, consideraremos militar da ativa o militar que exerce suas funções rotineiras no serviço militar que lhe é afeto, mesmo que no momento do crime esteja licenciado, de folga, em trajes civis e fora do quartel. Em suma, a situação de atividade inicia-se com a incorporação e encerra-se com a exclusão do miliciano da força a que pertence ou com sua passagem para a inatividade.

Dessarte, não se deve confundir a expressão “em situação de atividade” com a expressão “em serviço”, sendo aquela mais abrangente que esta, porquanto é possível estar na ativa sem estar no serviço militar (policial militar, dos Corpos de Bombeiros ou das Forças Armadas). Caminhou mal, com

a devida vênia, a interpretação dada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência n. 26.986/SP, sob relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 14 de março de 2007, que considerou as expressões em análise sinônimas, lavrando a seguinte ementa:

"Processo penal. Homicídio culposo. Policial militar. Veículo particular. Acidente de trânsito fora do período de caserna. Competência da justiça comum.

1. Cabe à Justiça Comum Estadual julgar homicídio decorrente de acidente automobilístico em que o acusado e a vítima, embora agentes militares, não se encontravam em exercício militar.

2. Ademais, diante de atividade de natureza individual e particular não se há por correto cogitar-se de atividade militar *ratione materiae*. (Precedentes).

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direto do Foro Distrital de Ipuã, da Comarca de São Joaquim da Barra, SP".

Embora seja possível construção acerca da competência da justiça comum para julgar acidentes de trânsito, no que nos deteremos mais adiante, o foco da decisão foi a discussão acerca de não estar o militar da ativa em função militar, o que é indiferente para a alínea *a* do inciso II do art. 9º.

Em outro julgado, agora em face de um homicídio praticado por militar da ativa contra outro militar da ativa com emprego de arma de fogo, durante uma confraternização fora do quartel, mais uma vez sob ralatoria da Ministra Maria Thereza, em sede de *Habeas Corpus* (HC 119813/PR), julgado em 16 de dezembro de 2008, entendeu-se novamente que as expressões "em situação de atividade" e "em serviço" são sinônimas:

"Processo penal. *Habeas corpus*. Policial Militar. Homicídio contra colega. Uso de farda e arma da Corporação. Churrasco fora das instalações castrenses. Imprudência alheia ao exercício da função. Justiça Militar. Incompetência.

1. O crime militar, definido no art. 9º do Código Militar, deve ser entendido de forma restritiva, sempre tendo em conta a razão de ser da justiça

especializada. Quando o militar se encontra fora de situação de atividade, entendida como tal sua efetiva atuação funcional, ou seja, nas ocasiões em que age como civil, *não há se estender a competência da justiça militar, visto que não há se lhe exigir o mesmo padrão de conduta, de hierarquia e disciplina*.

2. Ordem concedida para, reconhecendo a *incompetência da Justiça Militar*, anular a ação penal n. 6/05, distribuída à Vara da Auditoria da Justiça Militar do Paraná – Conselho Permanente da Justiça Militar Estadual, a partir do oferecimento da denúncia, inclusive, sem prejuízo do envio dos autos ao Ministério Público do Estado do Paraná para que, se o caso, ofereça nova exordial acusatória".

Apesar dos julgados acima, felizmente, o próprio STJ, em decisão mais recente, reformulou sua concepção. No Conflito de Competência n. 96330/SP, sob relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 22 de abril de 2009, a decisão daquela Corte, em face de um homicídio doloso de policiais militares da ativa contra outro policial militar em situação de atividade, foi em sentido oposto. Vejamos:

"Conflito positivo de competência. Processual Penal. Crime praticado por militar em atividade contra militar em idêntica situação. Competência da Justiça Militar.

1. Compete à Justiça Castrense processar e julgar crime praticado por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado. (CC 85.607/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJ 8/9/08)

2. Militar em situação de atividade quer dizer 'da ativa' e não 'em serviço', em oposição a militar da reserva ou aposentado.

3. Conheço do conflito para declarar *competente o Juízo de Direito da 3ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, ora suscitado*".

Acerca ainda desse julgamento, duas observações são importantes. Em primeiro plano, no texto do Acórdão verifica-se que a decisão foi unânime e contou, inclusive, com o voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que aparentemente mudou seu entendimento ao acompanhar o voto do relator. Em

segundo momento, deve-se notar que o fato se trata de duplo homicídio, em que os policiais militares da ativa foram acusados de praticá-lo não só contra outro policial militar da ativa, mas também contra a sua irmã, que não era militar, havendo o desmembramento que resultou em processo a cargo da 3ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, para julgar o homicídio contra o outro militar da ativa, e no Tribunal do Júri, para julgar o homicídio contra a sua irmã, em observância ao disposto na alínea *a* do art. 102 do Código de Processo Penal Militar e no inciso I do art. 79 do Código de Processo Penal comum.

Também no Supremo Tribunal Federal é possível encontrar visão segundo a qual basta que os militares estejam na ativa. No *Habeas Corpus* n. 80.249/PE, julgado em 31 de outubro de 2000, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, decidiu-se:

"*HABEAS CORPUS* – Crime de calúnia veiculado pela imprensa – Crime militar em sentido impróprio – Infração penal praticada por militar em atividade contra outro militar em igual situação funcional – Competência da justiça militar – Aplicabilidade da Lei n. 9.099/95 – suspensão condicional do processo penal – Instituto de direito material favorável ao autor de crimes militares praticados antes da vigência da Lei n. 9.839/99 – Ultratividade da lei penal benéfica – Imposição constitucional (cf, art. 5º XL) – Pedido deferido em parte. O crime de calúnia é delito militar em sentido impróprio. O delito de calúnia, cometido *por militar em atividade contra outro militar em igual situação funcional, qualifica-se, juridicamente, como crime militar em sentido impróprio (CPM, art. 9º, II,* a*), mesmo que essa infração penal tenha sido praticada por intermédio da imprensa*, submetendo-se, em consequência, por efeito do que dispõe o art. 124, *caput*, da Constituição da República, à competência jurisdicional da Justiça castrense. O crime militar de calúnia acha-se descrito em tipo autônomo (CPM, art. 214), não constituindo, por isso mesmo, nem tipo especial, nem tipo subsidiário e nem tipo alternativo relativamente ao preceito primário de incriminação definido no art. 20 da Lei n. 5.250/67. O ordenamento positivo, ao dispor sobre os elementos que compõem a estrutura típica do crime militar (*essentialia delicti*), considera, como ilícito castrense, aquele que, previsto no Código Penal Militar – *embora igualmente tipificado, com idêntica definição,*

na lei penal comum – vem a ser praticado 'por militar em situação de atividade (...) contra militar na mesma situação...' (CPM, art. 9º, II, a*). O que confere natureza castrense a esse fato delituoso – embora esteja ele igualmente definido como delito na legislação penal comum – é a condição funcional do agente e do sujeito passivo da ação delituosa, de tal modo que, se ambos se acharem em situação de atividade, a infração penal será de natureza militar, sendo irrelevante o meio pelo qual se cometeu tal ilícito* (...)".

Em sentido contrário, *vide* também no Pretório Excelso e sob relatoria do próprio Ministro Celso de Mello, o *Habeas Corpus* n. 83.003/RS, julgado em 16 de agosto de 2005, visão da qual, obviamente, discordamos.

A propósito dos crimes de trânsito, vale a pena avaliar a possibilidade de prevalência ou não do Código Penal Militar.

Como vimos acima, serão militares os crimes definidos tanto na legislação penal comum como na militar quando preenchido um *plus de condições*, especificamente definidas nas alíneas do inciso II do citado artigo.

Com base nessa premissa, o homicídio e a lesão corporal culposos na condução de veículo automotor seriam delitos militares em razão da aplicação da alínea *a*, bem como das alíneas *b* a *d*, que estudaremos abaixo.

Há muito tempo, entretanto, só eram considerados militares os crimes praticados por militar da ativa contra militar na mesma situação, isso em razão de entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 6, de 7-6-1990), circunstância que estranhamente se limitava aos integrantes da Polícia Militar, visto que a súmula, *in verbis*, dispõe que "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de Polícia Militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade". Em outras palavras, após a edição da Súmula em questão, somente o homicídio e a lesão corporal praticados por policial militar da ativa contra policial militar da ativa permaneceram no universo dos crimes militares. É de notar que a Súmula também se restringia ao emprego de viatura de policiamento, o que levava a uma realidade incongruente, pois se, e. g., um aluno oficial viesse a atropelar culposamente, com uma viatura, ainda que dentro do

quartel, um civil, haveria crime comum, mas, se estivesse na condução de seu veículo particular, no interior do quartel, poderia haver entendimento de crime militar, uma vez que a Súmula foi bem clara ao definir que se restringia aos casos em que era envolvida viatura de Polícia Militar. Mais incongruente ainda por excluir os militares dos Corpos de Bombeiros e das Forças Armadas, de sorte que, por exemplo, se uma viatura de Polícia Militar colidisse com um veículo particular, ocupado por um policial militar da ativa como motorista, um militar das Forças Armadas como passageiro no banco dianteiro e um militar do Corpo de Bombeiros, um Policial Militar reformado e um civil, como passageiros no banco traseiro do veículo particular, somente haveria crime militar em relação ao condutor do veículo particular, por ser ele policial militar da ativa.

Em 1997, entretanto, surge no sistema jurídico o novo Código de Trânsito e, imediatamente, começou-se a questionar sobre, primeiro, a sobrevivência da Súmula 6 e, segundo, sobre a própria interpretação dos crimes de trânsito, em tese, abrangidos pelas alíneas do inciso II do art. 9º. A questão, deve-se avaliar, suscita discussão ainda hoje, razão pela qual buscamos evidenciar nossa posição.

Malgrado o entendimento de alguns, assentimos na corrente de que todo e qualquer homicídio e lesão corporal culposos, praticados na condução de veículo automotor, viatura ou não, devem ser compreendidos à luz dos arts. 302 e 303 da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito).

O homicídio e a lesão corporal previstos no Código Penal Militar, inegavelmente, possuem cunho genérico, não definindo, como o faz o Código de Trânsito, o instrumento do crime: veículo automotor. Nesse sentido, em face do aparente conflito de normas, devemos aplicar os princípios para sua solução, exaltando-se, no caso em análise, o princípio da especialidade, segundo o qual a lei mais específica é aplicada em detrimento da mais genérica (*lex specialis derogat generali)*.

Com efeito, o Código Penal Militar também é legislação especial; parece-nos evidente, contudo, que os crimes de trânsito da Lei n. 9.503/97 contêm os exigidos, para se invocar o princípio da especialidade, *elementos especializantes*, no tipo penal, sendo, pois, mais específicos que os referentes à

lesão corporal e ao homicídio no Código Castrense. Não é o que ocorre, por exemplo, no art. 279 do Código Penal Militar, que, apesar de se aproximar da descrição típica do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, possui elemento especializante exigindo que o veículo automotor esteja sob a administração militar, prevalecendo sob a previsão do Código de Trânsito.

Em nossa ótica, nesse contexto, o Código de Trânsito derrogou os arts. 206 e 210, combinados com as alíneas *a*, *b*, *c* e *d* do inciso II do art. 9º, todos do Código Penal Militar**[481]**, devendo aquele diploma, nos crimes de trânsito, prevalecer à aplicação deste, ainda mais porque a aplicação do Código de Trânsito é mais benéfica ao agente, que poderá ser beneficiado com vários institutos incongruentes ao caso, se o crime for considerado militar.

Convém advertir, no entanto, que não tem sido esse o entendimento majoritário nas Justiças Militares.

Em São Paulo, por exemplo, a posição dos membros do *Parquet* alocados na Justiça Militar se alinhava ao acima exposto; tal vertente, porém, não era e não é recebida pelo Poder Judiciário, em cujo entendimento prevalece o Código Penal Militar.

Em razão dessa divergência, a questão chegou, por aplicação analógica do art. 28 do CPP, ao Procurador-Geral de Justiça. Este, por sua vez, inicialmente entendeu que os delitos em relevo constituem crimes comuns, a cargo da Justiça Comum. Em um dos casos, aduziu o douto Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, em suma, que a Constituição Federal atribui à Justiça Militar "o processo e julgamento dos crimes militares definidos em lei. Por seu turno, o Código Penal Militar não prevê os crimes de homicídio e lesão corporal praticados na direção de veículo automotor, tal como o fez agora o Código de Trânsito (arts. 302 e 303) e, deste modo, estes delitos não são considerados militares. A competência para sua apreciação é da Justiça Comum, prevalecendo a especialidade da Lei n. 9.503, de 23/09/97, quando se tratar de crime de trânsito"**[482]**.

O que parecia uma tendência irreversível, contudo, não se confirmou. Em outras ocasiões, entendia o digno chefe do Ministério Público que, em se tratando de autor e vítima policiais militares da ativa, o crime seria militar, sob o

argumento de que o Código de Trânsito Brasileiro é lei penal comum, não podendo sobrepor-se às regras especiais que regem os delitos militares. Prossegue afirmando que, "segundo o art. 9º, II, 'a', do CPM, consideram-se também militares os crimes nele previstos que tenham redação igual na legislação comum, quando praticados por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação. Dessa forma, para quem considerar que a lesão culposa na direção de veículo automotor comporta previsão também no Código Militar, a conclusão igualmente será no sentido da competência da Justiça Especial, se a vítima também for militar. Essa interpretação nos parece viável, na medida em que o art. 115 do CPM estabelece que 'ao condenado por crime cometido na direção ou relacionadamente à direção de veículos motorizados, deve ser cassada a licença para tal fim, pelo prazo mínimo de um ano...". Desse modo, não é correta a assertiva de que o Código Militar não possui regras próprias para a lesão culposa praticada na condução de veículo automotor**[483]**.

Por fim, é necessário consignar que a questão se pacificou na Justiça Militar do Estado de São Paulo, que, em decisão surpreendente de seu Tribunal de Justiça Militar, afastou até mesmo a aplicação do postulado na Súmula 6 do STJ. Em outros termos, a tendência inicial sofreu alteração em sentido totalmente inverso, sendo o atual entendimento o de que os crimes praticados na condução de veículo automotor, ainda que dolosos e não tendo por vítima outro militar do Estado, são crimes militares, portanto, de competência da Justiça Castrense.

Recentemente, o egrégio Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo lavrou acórdãos que evidenciam, sem deixar margem a dúvida, essa nova compreensão, dos quais citamos:

"*Ementa:* Inexiste conflito entre o Código de Trânsito e o Código Penal Militar – ambas as legislações especializadas –, eis que tutelam bens jurídicos próprios e distintos. Apesar de promulgado anteriormente às normas de trânsito, o Código Penal Militar não foi revogado ou derrogado, encontrando-se em plena vigência" (TJM, 1ª Câm., Recurso Inominado – art. 146 do CPPM n. 000038/04, Proc. 038371/04, 1ª Auditoria, rel. Cel. Ubirajara Almeida Gaspar, j. 15-6-2004).

"*Ementa:* Incabível a alegação de competência da Justiça Comum

para julgamento do caso em questão, sob argumentação de que o Código de Trânsito Brasileiro é lei mais específica e mais rigorosa. Inexiste conflito aparente entre o Código de Trânsito e o Código Penal Militar, ambas as legislações especializadas, eis que tutelam bens jurídicos distintos. Apesar de promulgado anteriormente às normas de trânsito, o Código Penal Militar foi recepcionado pela Constituição Federal, encontrando-se em plena vigência na tutela das instituições militares" (TJM, 2ª Câm., Recurso Inominado – art. 146 do CPPM n. 000030/04, Proc. 037947/04, 1ª Auditoria, rel. Cel. Avivaldi Nogueira Júnior, j. 24-6-2004, v. u.).

"*Ementa:* Incabível a alegação de incompetência da Justiça Militar para julgamento do caso em questão, sob argumentação de que ocorreu crime comum, por tratar-se de crime militar, nos termos do artigo 124 da Constituição Federal. Ausente o efeito vinculante, não há obrigatoriedade de aplicação da Súmula n. 6 do STJ nos julgados desta Corte Militar. Inexiste conflito aparente de normas entre o Código de Trânsito e o Código Penal Militar – ambas as legislações especializadas –, eis que tutelam bens jurídicos distintos (TJM, 2ª Câm., Recurso Inominado – art. 146 do CPPM n. 000036/04, Proc. 038100/04, 1ª Auditoria, rel. Cel. Lourival Costa Ramos, j. 5-8-2004).

Em momento posterior, com base em seus julgados, o Tribunal paulista editou, por sua Corregedoria-Geral, o Provimento n. 03/05-CG, que condensou orientações normativas acerca dos acidentes de trânsito. Após vários considerandos, no bojo dos quais exalta-se o princípio da especialidade em favor do CPM, bem como se enumeram precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 146.816-5/SP, HC 53.379/RJ, RE 135.195-1/DF, RHC 70.359-3/DF) e do Superior Tribunal Militar (Recurso n. 6520-8/MG, Recurso n. 6521.6/MG, Recurso n. 6537-2/RJ, Recurso n. 7063-5/RJ e Recurso n. 7098-8/RJ), em dois artigos impõe a interpretação para a questão no Estado de São Paulo, principalmente no âmbito da Polícia Judiciária Militar, dispondo que "Compete à Polícia Judiciária Militar a apuração de fatos decorrentes de acidentes de trânsito envolvendo veículos automotores de propriedade ou sob responsabilidade da Polícia Militar do Estado de São Paulo, caracterizados ou não, não importando a qualificação das vítimas" e que "Compete ao Juiz de Direito do Juízo Militar

Estadual a análise e decisão sobre a existência do crime e sua natureza, nos termos da legislação vigente”.

Sedimentando a visão do Provimento supracitado, *vide* o *Habeas Corpus* n. 1.943/07 (Processo n. 45.062/06, 3ª Auditoria), da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, julgado em 12 de abril de 2007, sob relatoria do Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior, quando se decidiu:

“Mesmo com a edição do Código Brasileiro de Trânsito (Lei n. 9.503 de 23/09/1997), matéria específica para regular as normas de trânsito, não restou derrogado o Código Penal Militar, haja vista ter sido este recepcionado pela Constituição Federal, a qual confere competência à Justiça Militar para processar e julgar os militares dos Estados nos crimes militares definidos em lei”.

Também essa a visão do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. No Recurso Inominado n. 74, que teve como relator o Juiz Jarir Silva (j. 8-4-2008), esse Tribunal decidiu no seguinte sentido:

“*Ementa*: A Justiça Militar é competente para processar e julgar o militar que, em condução de viatura militar, em serviço ou atuando em razão da função, causa, em tese, lesão corporal a terceiros. Nega-se provimento ao recurso”.

Dissemos acima que um dos fatores que levariam à prevalência do Código de Trânsito, seria a possibilidade de aplicação de alguns benefícios ao acusado, não aplicáveis aos crimes militares. Nesse contexto, há a questão da aplicação ou não da Lei dos Juizados Especiais Criminais aos delitos militares, ao que dedicaremos algumas palavras.

No estudo do histórico da aplicação da Lei n. 9.099/95 às Justiças Militares, deve-se relembrar que alguns dispositivos eram pacificamente aplicados; com a edição da Lei n. 10.259/2001, a discussão se reacendeu.

De fato, o texto original da primeira Lei (Lei n. 9.099/95) não fazia restrição de sua aplicação aos crimes militares, mas apenas aos procedimentos especiais, conforme ainda grafava o seu art. 61, *in fine*. Com base nessa realidade normativa, discutiu-se muito a aplicação da *Lei dos Juizados Especiais*

Criminais às Justiças Militares, ou, melhor ainda, a aplicação do próprio conceito de crime de menor potencial ofensivo aos crimes militares.

A jurisprudência, nesse sentido, consagrou apenas a aplicação dos institutos da *representação* nas lesões corporais leves e culposas e da *suspensão condicional do processo*[484].

Com a edição da Lei n. 9.839, de 27 de setembro de 1999, que acrescentou o art. 90-A à Lei n. 9.099/95, passou-se a entender que mesmo os institutos citados não se aplicavam às Justiças Militares[485], porquanto o referido artigo reza que as "disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar".

Ocorre que a Lei n. 10.259/2001 não fez a mesma restrição do art. 90-A, o que alvoroçou a comunidade jurídica no sentido de novamente discutir a aplicação ou não dos institutos da nova Lei aos crimes militares. Teria a Lei n. 10.259/2001 revogado o art. 90-A da Lei n. 9.099/95?

Entendemos que não. Como se sabe, de acordo como o disposto no art. 9º da Lei Complementar n. 95/98 (alterada pela LC n. 107/2001), a revogação de lei anterior deve ser expressa, o que não ocorreu com a edição da Lei n. 10.259/2001 em relação ao art. 90-A da Lei n. 9.099/95.

Ademais, a discussão a propósito da nova Lei e sua aplicação nas Justiças Militares tem-se centrado no fato de que a Lei dos Juizados Federais não faz menção à restrição aos procedimentos especiais, o que pode levar à conclusão pela aplicabilidade da Lei n. 9.099/95 às Justiças Militares. Todavia, como muito bem anota Luiz Gonzaga Chaves, "não é o procedimento que é especial na Justiça Militar, mas a própria justiça o é, pelos aspectos diferenciadores que a distinguem da Justiça Ordinária"[486].

Por derradeiro, a construção acerca do bem jurídico-penal militar é fundamental para afastar a aplicação da Lei n. 9.099/95, ainda com a superveniência da Lei n. 10.259/2001. A lógica desse raciocínio é bastante simples e repousa exatamente no conceito de bem jurídico-penal, que, em se tratando da tutela concernente à Justiça Militar, tem diferentes contornos, como já consignamos. Entendemos não haver perfeita correlação entre bem jurídico-

penal e bem jurídico-penal militar. Aos olhos daquele que não está afeto aos hábitos castrenses, e. g., há uma tendência irresistível em enxergar perfeita semelhança entre o bem jurídico integridade física de um cidadão, turbado por outro, e o bem jurídico integridade física que vem a ser turbado, por exemplo, no interior de um quartel da Polícia Militar ou do Exército.

Em verdade, a norma penal militar não tutela apenas a integridade física da vítima, mas também a disciplina necessária à execução das atividades cotidianas das forças militares, ou seja, a própria regularidade das atividades conferidas às instituições militares; vale dizer, todo aquele militar que ofende a um bem jurídico-penal (sobretudo militar, segundo os critérios diversos trazidos pela Lei, *ratione personae*, *ratione loci* etc.) é inequivocamente afrontador da disciplina e, em alguns casos, também da hierarquia, bases fundamentais dessas instituições.

Não há como transacionar, portanto, a disciplina e a hierarquia, valores supremos no militarismo, o que depõe em favor da não aplicabilidade das Leis dos Juizados Especiais Criminais. Essa, pois, a verdadeira razão da coexistência dos sistemas. Note-se que considerando certa dualidade no bem jurídico-penal militar, tendo sempre como correlata a manutenção da regularidade das instituições militares, em primeiro ou em segundo plano, mesmo nos crimes não tipicamente militares (para alguns os impropriamente militares), seria impossível aceitar a aplicação da Lei n. 9.099/95 aos crimes militares.

Não há transacionar, repetimos, bens jurídicos tão complexos como os tutelados pelo Direito Penal Militar, sendo esse, em nosso enfoque, o *golpe fatal* para afirmar a inaplicabilidade dos Juizados Especiais Criminais aos crimes militares, e isso não só no que concerne aos conceitos, a exemplo do de infração penal de menor potencial ofensivo, mas também aos institutos processuais.

Malgrado essa construção, é fato que em algumas Justiças Militares tem-se aplicado a Lei dos Juizados Especiais Criminais aos crimes militares, ao menos em crimes não tipicamente de caserna, como a lesão corporal, a exemplo do que ocorre, em primeira instância, na Justiça Militar de Minas Gerais.

Ressalte-se não ser essa a visão da segunda instância da Justiça Militar mineira. Por todos, *vide* a Apelação Criminal n. 2.323, sob relatoria do Juiz Cel.

PM Paulo Duarte Pereira, julgada em 9 de setembro de 2004, que originou a seguinte ementa:

"Preliminar – Considera-se mera irregularidade a intempestividade na apresentação das razões e contrarrazões, desde que razoável o prazo vencido e a interposição do recurso ocorrida no prazo da lei. V.V. Intempestividade. Os prazos no Processo Penal Militar são fatais, não se permitindo azo às exceções. Não se conhece das razões ou das contrarrazões do apelo apresentadas além do prazo previsto no art. 531 do Código de Processo Penal Militar. Contudo, pelo princípio da razoabilidade, não se invalida o recurso interposto no rígido quinquídio do art. 529 do Código de Processo Penal Militar. Obriga-se o juízo recorrido, nos termos do artigo 534 do CPPM, no prazo de 05 (cinco) dias, remeter os autos ao Tribunal, com ou sem as razões do recurso. De acordo com a Lei n. 9.839/99, que introduziu o art. 90-A à Lei n. 9.099/95, seus institutos não são aplicáveis aos crimes militares, sejam eles próprios ou impróprios. Mérito. Lesões corporais de natureza levíssima que, subjetivamente, maculam a imagem da Polícia Militar pelo conteúdo do constrangimento, não podem ser consideradas como simples infração disciplinar (art. 209, § 6º, do CPM). Estando a autoria e a materialidade do delito comprovadas mediante robustas provas colhidas na instrução criminal, que ensejaram a condenação, fica impossibilitado o decreto absolutório do apelante".

Também essa a visão do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, o que ficou demonstrado na Apelação Criminal n. 4.660/99, sob relatoria do Juiz Cel. PM Ubirajara Almeida Gaspar, julgada em 21 de maio de 2002, com a seguinte ementa:

"É dispensável a representação da vítima para o oferecimento da denúncia pela prática do delito de lesão corporal por inaplicável a Lei n. 9.099/95 na Justiça Militar Estadual. Comete o delito de inobservância de instrução o policial militar que aborda vítima, desarmada e sem oferecer resistência, e efetua disparo de arma contra ela. Ausente a legítima defesa e caracterizado o dolo do agente".

No Supremo Tribunal Federal, a inaplicabilidade da Lei n. 9.099/95 também é evidente. No *Habeas Corpus* n. 86.444/MG, julgado em 2 de junho de

2009, sob relatoria do Ministro Cezar Peluso, a Segunda Turma decidiu:

"AÇÃO PENAL. Crime militar. Proposta de suspensão condicional do processo. Falta. Inexistência de ilegalidade. Fato posterior ao início de vigência da Lei n. 9.839/99, que acresceu o art. 99-A da Lei n. 9.099/95. HC denegado. Precedentes. Ao processo por crime militar praticado após o início de vigência da Lei n. 9.839/99, que acrescentou o art. 90-A à Lei n. 9.099/95, não se admite proposta de suspensão condicional".

Ainda na Corte Maior, agora na Primeira Turma, em sede do *Habeas Corpus* n. 94.934/AM, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu-se em 17 de março de 2009, pela inaplicabilidade da Lei dos Juizados Criminais Especiais, mesmo após a edição da Lei n. 10.259/2001:

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. INAPLICABILIDADE DAS LEIS 9.099/95 E 10.259/01. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I – A partir do momento em que a Lei 9.839/99 acrescentou o art. 90-A à Lei 9.099/95, ficou vedada a aplicação dos institutos despenalizadores que ela contempla, no âmbito da Justiça Militar. II – *A Lei 10.259/2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais na esfera da Justiça Federal, não revogou o art. 90-A da Lei 9.099/95*. Ao contrário, em seu art. 1º, é expressa ao dispor que a esses Juizados se aplica, em não havendo conflito, o disposto na Lei 9.099/95. III - O fato de o paciente ter se ausentado, sem justa causa, da unidade militar em que servia, quando já tinha cumprido a quase totalidade do seu tempo de serviço militar obrigatório não o exculpa da prática do delito de deserção. IV – Ordem denegada".

Voltemos, agora, à discussão da alínea *a* do inciso II do art. 9º do CPM.

Ainda pertinente à discussão de militar da ativa é a averiguação do militar *agregado*, cuja figura comporta definições antagônicas, porquanto às vezes é tido como militar inativo temporariamente, ao passo que em alguns diplomas é definido como militar da ativa. Está gerado o impasse. Tomemos um exemplo de cada definição. Nos termos do art. 4º do Decreto-Lei estadual n.

260, de 29 de maio de 1970, no Estado de São Paulo, o policial militar agregado é militar inativo temporariamente, o que o excluiria da aplicação do dispositivo em apreço. Já o Estatuto dos Militares**[487]**, no âmbito das Forças Armadas, considera, em seu art. 80, o agregado como militar da ativa que não ocupa vaga na escala hierárquica de seu quadro. Há muito tempo debruçamo-nos sobre a questão, chegando à conclusão, incompreensível para alguns, de que o agregado, mesmo na esfera estadual, deve ser considerado militar da ativa, sob pena de serem criados escudos incoerentes contra a aplicação da lei penal militar.

Mais uma vez tomemos o exemplo como procedimento didático: o militar que permaneça por mais de seis meses afastado para tratamento de saúde, por licença médica, passa, em São Paulo, à condição de agregado, percebendo seus vencimentos integrais; imaginemos dito militar, que ainda possui obrigações para com a Corporação, inclusive a de, cessada a agregação, comparecer ao serviço sob pena de início de contagem de ausência ilegal, indo até uma Unidade e desacatando seu comandante – crime enquadrado no inciso I, mas que utilizamos apenas para evidenciar a condição do agregado; nesse caso, se considerarmos o agregado, para fins de aplicação da lei penal, como inativo, deveremos imediatamente iniciar a exploração do fato ocorrido à luz do inciso III do art. 9º do CPM, quando chegaremos à conclusão de que o referido inciso somente menciona militar da reserva e reformado, o que tornaria impossível a aplicação da lei penal militar, por força da regra da interpretação restritiva, ao caso concreto.

Dessa forma, ratificamos o acima contido de que a melhor abordagem é considerar, para fins penais militares, o agregado como militar da ativa, sujeito às obrigações inerentes ao cargo, como as disciplinares**[488]**, as de convocação a comparecer ao quartel etc. Podemos, ademais, sustentar que, em uma interpretação teleológica, o legislador penal militar, ao conceber o Código Penal Militar, conteve seu raciocínio por definições federais, e, nesse contexto, a concepção federal de agregado é a de militar da ativa, isso com base no que dispõe o Estatuto dos Militares e até mesmo a legislação federal afeta às polícias militares**[489]**. Apenas para sedimentar nossa compreensão, tomemos um outro exemplo com o agregado agora enquadrado no inciso em estudo: em uma casa noturna, um militar agregado, por exemplo, em licença para tratar de assunto

particular, provoca lesões corporais em outra pessoa, que sabe ser militar da ativa de sua força, porquanto da mesma Unidade em que servia antes da agregação; nesse caso, deveremos considerar uma lesão corporal praticada por militar em situação de atividade (o agregado) contra militar na mesma situação, enquadrando-se a conduta na alínea *a* do inciso II do art. 9º do CPM.

Assinale-se, ainda na alínea em estudo, a *equiparação a militar da ativa*, trazida pelo art. 12 do CPM. Segundo esse artigo, equipara-se ao militar em situação de atividade aquele que, embora seja reformado ou da reserva (remunerada ou não), é empregado na Administração Militar. Adiantamos que a diferença básica entre o militar reformado e o da reserva é que este pode ser revertido ao serviço ativo em alguns casos, como, na Polícia Militar do Estado de São Paulo, para a composição de comissão ou para compor Conselho de Justiça da Justiça Militar (nos termos do art. 26 do Dec.-Lei n. 260/70), enquanto aquele (reformado) não o pode. Todavia, o referido art. 12 não considera essa diferença; pelo contrário, equipara-os ao militar da ativa desde que estejam exercendo atividades na Administração Militar. Essa equiparação, há que notar, precede o crime militar, ou seja, o militar nessas condições cometerá o crime como militar da ativa, sendo-lhe aplicadas as previsões dos incisos I e II do art. 9º, e não as do inciso III do mesmo dispositivo, reservado aos inativos e aos civis (no âmbito federal). Difere, portanto, da equiparação do art. 13, que se refere ao momento posterior ao cometimento do delito militar, quando oficiais e praças inativos guardarão as prerrogativas e deveres dos militares da ativa, cometendo ou sendo vítima de crime militar. Exemplificativamente, um militar da Força Aérea, já na reserva remunerada, que passe, sem ato de reversão, a prestar serviços para a administração militar de forma regular – ou seja, por um ato da instituição e não isoladamente por um Comandante que, por exemplo, pede a seu amigo, militar da reserva, para desenvolver um programa de computador para o quartel – e direta – ou seja, excluindo-se os casos de terceirização, a exemplo do militar reformado que, agora empregado de uma empresa de *software*, vai até o quartel desenvolver um programa, pois sua empresa venceu um processo licitatório – estando fora do quartel e praticando lesão corporal em um militar da ativa do Exército, conhecendo essa condição da vítima, terá praticado um crime militar, já que sua conduta será subsumida pela

alínea *a* do inciso II do art. 9º.

Mais uma tormentosa questão. O conceito de militar da ativa, em nossa visão, restringe-se ao âmbito estadual ou federal, não havendo, em regra, transferência entre essas esferas. Em outras palavras, a doutrina e a jurisprudência contemporâneas assinalam que o militar estadual é visto como civil pela Justiça Militar Federal e vice-versa**[490]**. Temos notado que, na prática, os operadores do Direito Penal Militar, sobretudo as autoridades de polícia judiciária militar, são recalcitrantes em aceitar tal posição, que se tornou questão polêmica com posições para ambos os lados, revertendo-se uma tendência anterior que parecia caminhar para a pacificação do entendimento.

Essa observação, por óbvio, não aproveita apenas as condutas passíveis de enquadramento na alínea *a* do inciso II do art. 9º, mas também aos crimes abrangidos pelo inciso I do mesmo artigo, contaminando não só o elemento normativo *militar*, mas também *superior*, *subordinado* etc. Em nossa opinião, muito prudente tal abordagem, porquanto, ainda que militares, há notável diferença nos usos e costumes, na disciplina etc., sendo incongruência tomar militar estadual por sinônimo de militar federal. Nesse sentido, imagine, por exemplo, um oficial do Exército Brasileiro que, passando por uma ocorrência de combate a incêndio, comece a dar ordens ao sargento do Corpo de Bombeiros porque, como membro da Brigada de Incêndio de seu Quartel, entende que o comando de "bomba armar" está completamente errado; haveria desrespeito a superior se o sargento respondesse de forma ríspida? Entendemos que não, e não somente por alguma excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, mas pela atipicidade da conduta. Pode-se imaginar um sem-número de exemplos (oficial da PM decide que uma Operação Tipo Polícia do Exército está equivocada, policial militar, de folga, que agride militar do Exército, também de folga etc.), porém todos excluídos pela limitação normativa do Direito Penal Militar, restrita ao âmbito federal ou ao estadual. Assinalamos que o entendimento evidenciado não será o mesmo se, por hipótese, força estadual e força federal passarem a compor uma única força, como nos casos de convocação e de mobilização. Deve-se atentar, por derradeiro, para o fato de que a exclusão pela letra *a* do inciso II do art. 9º não significará exclusão das demais alíneas. Dessa forma, a

agressão de um militar federal por um militar estadual, em local sujeito à Administração Militar Estadual será, em tese, crime militar, a ser processado e julgado pela Justiça Castrense estadual, mas não por aplicação da alínea *a* do inciso II do art. 9º, e sim pela aplicação da alínea *b* do mesmo inciso. É de notar que, nesse caso, haveria crime militar se a vítima fosse um civil, visto que o critério trazido pela Lei é o *ratione loci*, e não o *ratione personae*.

A confirmar o exposto, transcrevemos notável manifestação do representante do *Parquet*, na Justiça Militar do Estado de São Paulo, em caso de prisão em flagrante de soldado da Aeronáutica por Oficial da Polícia Militar, entendendo ter havido crime militar:

"O Oficial abusou de sua autoridade porque não estava em serviço de natureza militar e constrangeu o soldado, agindo como superior hierárquico com relação a membro de outra instituição, quando não o era, na realidade.

Imagine-se a seguinte hipótese.

Um sargento da Aeronáutica dá ordem a seu inferior diversa de um Oficial da PM.

Cabe ao soldado obedecer ao sargento, e não ao Oficial da PM, porque, tecnicamente, seu superior hierárquico é o membro de sua própria instituição.

Pelo regulamento disciplinar, o soldado estava obrigado a ser educado e respeitoso (obrigação que também se tem com os civis), mas o Oficial não era seu superior e não poderia lhe dar ordens como se Oficial da Aeronáutica fosse"**[491]**.

É preciso ressaltar que o entendimento do Superior Tribunal Militar não é nesse sentido. Em recente julgado essa Corte firmou sua posição no sentido de que há crime militar, calcado na alínea *a* do inciso II do art. 9º do CPM, em agressão sofrida por policial militar, perpetrada por militar federal de folga. Os fundamentos da decisão do Superior Tribunal Militar foram, em síntese, os seguintes: "O art. 22 do Código Penal Militar não foi recepcionado pela Constituição de 1988; entre as diversas modificações sofridas pela Constituição,

assume relevância a Emenda Constitucional 18/98, que modificou a redação do art. 42 da Lei Fundamental**[492]**.

De fato, a visão do STM está se firmando no sentido de considerar, após o advento da Emenda Constitucional n. 18/98, iguais os cargos de militar federal e militar estadual, o que pode ser verificado, além do julgado citado por Célio Lobão, no *Habeas Corpus* n. 2007.01.034321-0/MG, julgado em 25 de maio de 2007, sob relatoria do Ministro Antônio Apparício Ignácio Domingues, lavrando a seguinte ementa:

"*HABEAS CORPUS*. Trancamento da ação penal. Competência da Justiça Militar. *Exceptio rei judicatae*. Similitude com pedido denegado em outros feitos. Juízo de admissibilidade. *Writ* não conhecido. Crime de resistência e de desacato praticado por militar federal contra integrantes da Polícia Militar de Minas Gerais. Competência da Justiça Castrense firmada em Impetração anterior. A conduta delituosa prevista nos arts. 177 e 299, ambos do CPM, quando praticada por militar das Forças Armadas contra policiais militares, conforma-se à hipótese do inciso II, letra *a*, do art. 9º do CPM, dada a qualidade de militar atribuída aos integrantes das Corporações Policiais Militares com o advento da Emenda Constitucional n. 18/98. Inocorrência de Exceção de Coisa Julgada. No julgamento de Recurso Criminal, interposto neste mesmo processo, esta Corte castrense entendeu que, em se tratando de crime militar, é de se afastar a exceção de coisa julgada, a despeito de Decisão absolutória proferida pela Justiça Comum; visto não se constituir coisa julgada material na aludida justiça em relação a processo que apura delito de natureza militar. *Habeas corpus* não conhecido. Decisão unânime".

Ainda no Superior Tribunal Militar, embora não afeta à alínea *a* do inciso II do art. 9º, mas à alínea *e* do mesmo inciso, *vide* recente decisão no Recurso em Sentido Estrito n. 2009.01.007664-1/RJ, julgado em 16 de novembro de 2009, sob relatoria do Ministro Francisco José da Silva Fernandes:

"Recurso em Sentido Estrito. Estelionato (CPM, art. 251). Rejeição de denúncia por incompetência da Justiça Militar da União. Reforma da decisão *a quo*. Cabo da PM/RJ que deixa de comunicar o falecimento de sua genitora,

beneficiária de pensão militar da Marinha do Brasil, logrando, assim, receber vantagem pecuniária ilícita, em prejuízo do patrimônio sob Administração Militar. Crime, em tese, de estelionato, *cometido por militar em atividade, à luz do que preconiza o art. 42, § 1º, da CF/88*, e, portanto, crime militar nos termos da alínea *e* do inciso II do art. 9º do CPM, considerando que a conduta do referido PM não teve qualquer vínculo com sua atividade profissional, e não atentou contra o patrimônio de sua corporação. Provido o recurso ministerial. Unânime".

No Superior Tribunal de Justiça, a visão é oscilante. Em 13 de outubro de 2004, no Conflito de Competência n. 45804/RJ, sob relatoria do Ministro Gilson Dipp, o STJ decidiu:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DESACATO, DESOBEDIÊNCIA E RESISTÊNCIA SUPOSTAMENTE COMETIDAS POR SOLDADO DO EXÉRCITO BRASILEIRO FORA DE SERVIÇO CONTRA POLICIAIS MILITARES EM SERVIÇO DE PATRULHAMENTO OSTENSIVO. CARACTERIZADA A FUNÇÃO DE POLICIAL CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

I – Hipótese em que os crimes foram cometidos pelo soldado do Exército Brasileiro contra um Sargento e um soldado da Polícia Militar, que estavam em serviço de patrulhamento ostensivo no Parque Carmelina de Carvalho, Vilar dos Teles, Município de São João de Meriti/RJ.

II – Tratando-se de soldado do Exército que não se encontrava em serviço e de policiais militares em função de policiamento ostensivo, o caso é de incidência do verbete de número 297/STF.

III – Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do I Juizado Especial Criminal de São João de Meriti – RJ, o suscitado".

Note-se que no julgado acima, apesar de acertada a decisão por crime comum, o principal argumento da decisão foi a malfadada Súmula 297 do STF, que, como já expusemos no escorço histórico, não encontra mais razão de existência desde a edição da Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977.

Em outro caso, mais recente, a visão do STJ foi exatamente no sentido

contrário. Em 23 de agosto de 2008, no *Habeas Corpus* n. 94.277/RS, sob a relatoria do Ministro Jorge Mussi, a Quinta Turma do STJ decidiu:

"*HABEAS CORPUS*. LESÃO CORPORAL. DELITO COMETIDO POR POLICIAIS MILITARES CONTRA INTEGRANTE DO EXÉRCITO BRASILEIRO. RÉUS E VÍTIMA EM SITUAÇÃO DE ATIVIDADE. CRIME MILITAR IMPRÓPRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 9º, II, *A*, DO CPM. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. DECISÃO DO TRIBUNAL IMPETRADO ACERTADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.

1. Tendo o crime de lesões corporais sido cometido na circunstância prevista no art. 9º, II, letra *a*, do Código Penal Militar, ou seja, 'por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação', basta, para fins de configuração do delito militar, serem réu e vítima militares da ativa, pois a lei não exige outra circunstância além da condição pessoal dos envolvidos para conferir ao delito comum a conotação de crime militar. Precedentes do STF e deste STJ.

2. Tratando-se de crime militar impróprio, compete à Justiça Militar o seu processamento e julgamento".

Ainda no STJ, a Terceira Sessão, sob relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, decidiu, em 13 de outubro de 2010:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL E FEDERAL. LESÕES CORPORAIS CULPOSAS. POLICIAL MILITAR CONTRA CAPITÃO DO EXÉRCITO. BATALHÃO DE INFANTARIA. LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.

1. Lesões corporais praticadas por policial militar contra capitão do exército, dentro de um batalhão de infantaria, local sujeito à Administração militar federal, é crime militar de competência da Justiça Militar da União, em face da qualificação dos envolvidos e também pela proteção que merece o local onde acontecidos os fatos.

2. Aplicação da letra *a* do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Auditor da 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar da União em São Paulo, o suscitado".

Em magistral construção feita em artigo específico sobre a questão, com a qual concordamos, Célio Lobão refuta a posição do STM, e por consequência, as duas últimas do STJ. Afirma que a Emenda Constitucional n. 18/98 não inovou a realidade já existente, mas apenas deixou mais clara a separação entre militares dos Estados (art. 42 da CF) e militares das Forças Armadas (art. 142 da CF), frisando que a condição de militar para os integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares sempre esteve presente em nosso ordenamen-to**[493]**. Em arremate, o insigne autor evidencia visão do Supremo Tribunal Federal em caso análogo em que um militar federal lesionou integrante da Polícia Militar, nos seguintes termos:

"A leitura do artigo 42 da Constituição Federal não autoriza o intérprete a concluir pela equiparação dos integrantes das Polícias Militares Estaduais aos componentes das Forças Armadas, para fins de Justiça. Impossibilidade de enquadramento no art. 9º e incisos do Código Penal Militar... Conflito conhecido, assegurada a competência da Justiça comum"**[494]**.

Com efeito, a visão do Supremo Tribunal Federal parece caminhar para uma não equiparação entre militares federais e estaduais. No *Habeas Corpus* n. 83.003/RS, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, a Segunda Turma do Pretório Excelso, em 16 de agosto de 2008, à unanimidade, decidiu:

"*EMENTA*: *HABEAS CORPUS* – CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO – INFRAÇÃO PENAL PRATICADA POR MILITAR FORA DE SERVIÇO CONTRA POLICIAL MILITAR EM SITUAÇÃO DE ATIVIDADE – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – PEDIDO DEFERIDO. OS CRIMES DE RESISTÊNCIA, LESÕES CORPORAIS LEVES E DESACATO QUALIFICAM-SE COMO DELITOS MILITARES EM SENTIDO IMPRÓPRIO. O ordenamento positivo, ao dispor sobre os elementos que compõem a estrutura típica do crime militar ('essentialia delicti'), considera, como ilícito castrense, embora em sentido impróprio, aquele que, previsto no Código Penal Militar – e igualmente tipificado, com idêntica definição, na lei penal comum (RTJ 186/252-

253) –, vem a ser praticado 'por militar em situação de atividade (...) contra militar na mesma situação (...)' (CPM, art. 9º, II, 'a'). A natureza castrense do fato delituoso – embora esteja ele igualmente definido como delito na legislação penal comum – resulta da conjugação de diversos elementos de configuração típica, dentre os quais se destacam a condição funcional do agente e a do sujeito passivo da ação delituosa, descaracterizando-se, no entanto, ainda que presente tal contexto, a índole militar desse ilícito penal, se o agente não se encontrar em situação de atividade. Hipótese ocorrente na espécie, eis que os delitos de resistência, lesões leves e desacato teriam sido cometidos por sargento do Exército (fora de serviço) contra soldados e cabos da Polícia Militar (em atividade). A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS CASTRENSES, DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO JUIZ NATURAL. A competência penal da Justiça Militar da União não se limita, apenas, aos integrantes das Forças Armadas, nem se define, por isso mesmo, 'ratione personae'. É aferível, objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente – qualquer agente, mesmo o civil, ainda que em tempo de paz – ao preceito primário incriminador consubstanciado nos tipos penais definidos em lei (o Código Penal Militar). – O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, 'tout court'. E o crime militar, comissível por agente militar ou, até mesmo, por civil, só existe quando o autor procede e atua nas circunstâncias taxativamente referidas pelo art. 9º do Código Penal Militar, que prevê a possibilidade jurídica de configuração de delito castrense eventualmente praticado por civil, mesmo em tempo de paz. O POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITU-CIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. É irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo – considerado o princípio do juiz natural –, que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas – que representam limitações expressivas aos poderes do Estado –,

consagrou, de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que 'ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente'. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO CARÁTER ESTRITO DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DOS ESTADOS-MEMBROS. A jurisdição penal dos órgãos integrantes da estrutura institucional da Justiça Militar dos Estados-membros não se estende, constitucionalmente, aos integrantes das Forças Armadas nem abrange os civis (RTJ 158/513-514, Rel. Min. CELSO DE MELLO), ainda que a todos eles haja sido imputada a suposta prática de delitos militares contra a própria Polícia Militar do Estado ou os agentes que a compõem".

Embora novamente pareça ter havido a confusão entre militar em serviço com militar em situação de atividade, o julgado acima, caso conferisse uma identidade plena dos cargos, haveria de reconhecer a alínea *a* do inciso II do art. 9º do CPM, o que não ocorreu.

Note-se que a não identidade de cargos que aqui defendemos – militar federal e estadual – torna-se uma exigência inquestionável em face da estrutura federativa, porquanto admitir uma pretensa igualdade significaria uma lesão inequívoca ao pacto federativo, sacramentado no art. 18 da Constituição Federal, negando-se a autonomia ao Estado-Membro. Em outras palavras, dizer que, por exemplo, um Capitão do Exército deve ser considerado superior hierárquico, para fins penais militares, de um Primeiro-tenente da Polícia Militar do Rio Grande do Norte significaria assumir passivamente uma intervenção não autorizada da União no Estado-Membro, já que em nenhuma parte do texto constitucional – único diploma que pode excepcionar o pacto federativo, observando-se os limites do núcleo rígido do § 4º do art. 60, se for pelo Poder Constituinte derivado – há a previsão de que as Polícias Militares são subordinadas às Forças Armadas, havendo somente a previsão de que aquelas são forças auxiliares e reserva do exército, nos termos do art. 144, § 6º, da Lei Maior. Guardadas as proporções, aceitar tal subordinação seria o mesmo que aceitar a subordinação de um Deputado Estadual a um Deputado Federal ou de um órgão do Poder Judiciário dos Estados a um Tribunal Regional Federal. Vale ressaltar que, ao contrário do que alguns pensam, o respeito conferido para fins de honras e continências, segundo o qual um Primeiro-tenente da Polícia Militar

deve prestar continência para um Capitão do Exército, não significa uma subordinação para fins penais militares, mas apenas um sinal de respeito, previsto no regulamento de continências da força militar estadual, que também prevê dever de continência, por exemplo, ao Presidente da Assembleia Legislativa do Estado, e nem por isso, haverá a possibilidade de um crime militar de desacato a superior contra aquela autoridade do Poder Legislativo Estadual.

Não bastassem as palavras de Célio Lobão no artigo supracitado, em sua obra de Direito Penal Militar, com agudeza ímpar, assevera, ao explicar o conceito do art. 22 do CPM, que "ao mencionar militar estamos nos referindo aos integrantes das Forças Armadas, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares, *sem esquecermos que os primeiros são assim considerados para efeito da aplicação da lei penal castrense, pela Justiça Militar federal, e os outros dois, para efeito da aplicação da lei penal castrense, pela Justiça Militar estadual*" **[495]** (g. n.). Em resumo, poderíamos dizer que para o autor o militar estadual é civil aos olhos da Justiça Militar Federal, da mesma forma que o militar federal não se afigura ao conceito de "militar" para a aplicação da lei penal militar pela Justiça Castrense dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

Já no caso de crime militar entre militares de forças estaduais distintas, há predominante entendimento de que se terá crime militar, sendo a competência da Justiça Militar do Estado do sujeito ativo do crime, o que ficou evidente pela Súmula 78 do STJ, que dispõe: "Compete à Justiça Militar processar e julgar Policial de Corporação Estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra Unidade Federativa". A instauração de inquérito policial militar será em razão da atribuição territorial. Ousamos, no entanto, suscitar uma nova visão, segundo a qual a autonomia do ente federativo, acima mencionada, leva também à conclusão de que o militar de um Estado da Federação não pode ser igualado ao militar de outra Unidade Federativa.

Outra questão a ser dirimida refere-se ao *assemelhado*, expresso na alínea *a* do inciso II do art. 9º. Como já vimos, nos termos do art. 21 do CPM, por assemelhado deve-se entender *o servidor, efetivo ou não, dos Ministérios da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, sujeitos à disciplina militar por força de lei ou de regulamento*. A figura do assemelhado, todavia, já não existe, porquanto

os regulamentos disciplinares das Forças Armadas, exceto o da Força Aérea (Dec. n. 76.322, de 1975), não mais contemplam essa figura. Assentimos, como já consignamos ao tratar da interpretação e integração da lei penal militar, na posição de Célio Lobão**[496]**, para quem, mesmo na Força Aérea, a condição de assemelhado é mera ficção, extinta desde a edição do Decreto n. 23.203/47, sendo ilógica a hipótese de ocorrência de crime que envolva essa figura. Nas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares não há assemelhados, pois, por definição, o assemelhado seria o funcionário sujeito à disciplina militar, por força de lei ou de regulamento, o que não se verifica na realidade dos Estados**[497]**. Os servidores públicos municipais, e. g., que prestam serviços junto ao Corpo de Bombeiros em várias cidades paulistas, ainda que enverguem uniforme próprio, prestem honras e continências, não estão sujeitos à rigidez do diploma disciplinar.

Outro ponto que merece destaque diz respeito aos militares que prestam serviço em caráter temporário. No âmbito federal, não se pode negar, são eles militares da ativa enquanto durar o serviço temporário, circunstância que encontra respaldo legal. O inciso II da letra *a* do art. 3º da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), dispõe que são militares da ativa "os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos", o que leva à afirmação de que mesmo os que estão temporariamente incorporados às Forças Armadas, são militares da ativa, a exemplo do soldado do Exército em prestação de serviço militar obrigatório.

No âmbito estadual, contudo, a situação é controversa, bem como há uma variação muito grande nas legislações das Unidades Federativas, nem todas possuindo a figura de um militar temporário.

A criação de graduação temporária para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares encontra permissão na Lei federal n. 10.029, de 20 de outubro de 2000, que estabelece normas gerais para a prestação voluntária de serviços administrativos e de serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares, diploma que deu ensejo à elaboração das leis estaduais, a exemplo da Lei n. 11.064, de 8 de março de 2002, no Estado de São Paulo, e da Lei n. 7.103, de 12 de fevereiro de 2008, no

Estado do Pará.

No entendimento da figura do soldado temporário no Estado de São Paulo, como também já expusemos ao tratar da interpretação e integração da lei penal militar, a questão polemizou-se bastante. Inicialmente, houve o entendimento de que o soldado temporário era militar da ativa enquanto durasse sua prestação de serviço à instituição. Todavia, como a lei que criou esse serviço no Estado não conferia benefícios trabalhistas e previdenciários, passou-se a questionar sua real caracterização como militar, chegando-se à conclusão de que se tratava de civil, posição muito bem assentada nas palavras de Abelardo Júlio da Rocha, em artigo específico sobre o tema, nos seguintes termos:

"Está o Soldado PM Temporário, que presta serviço voluntário na Polícia Militar do Estado de São Paulo, sob a égide de um regime jurídico absolutamente especial que, por isto mesmo, não lhe confere as prerrogativas previstas em lei e asseguradas aos militares do Estado. Apesar disto, pesa-lhes nos ombros as obrigações peculiares à atividade policial militar, entre elas, só para citar um exemplo, a sujeição ao Regulamento Disciplinar da Corporação.

As características intrínsecas do serviço voluntário impedem que haja qualquer vínculo empregatício com a Administração, o que reforça a ideia de que a denominação de Soldado PM Temporário, dada pela própria Lei Estadual 11.064/02, não outorga ao prestador de serviço voluntário na Polícia Militar graduação.

Tratando-se de civil, incabível, então, a sujeição do Soldado PM Temporário ao Código Penal Militar, em qualquer hipótese.

Também, neste sentido, mostra-se de todo descabida a submissão do Soldado PM Voluntário a Processo de Perda de Graduação de Praça na Justiça Militar estadual"**[498]**.

Como visto, na visão do ilustre articulista o soldado temporário é um civil, não estando sujeito ao Código Penal Militar no âmbito estadual, visão que, como já mencionamos na abordagem acerca da interpretação da lei penal militar, foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* n. 62.100/SP (2006/0145469-6), sob a relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima (j.

28-5-2008).

A visão do Tribunal de Justiça Militar paulista, ressaltamos mais uma vez, é no sentido de que o soldado temporário é militar da ativa, o que ficou demonstrado, além do já mencionado *Habeas Corpus* n. 1.964/07 (Feito n. 47.970/07, da 1ª Auditoria de Justiça Militar), no Recurso Inominado n. 0007/08 (Feito n. 047894/07, da 1ª Auditoria), que em 21 de agosto de 2008, portanto já após a visão do STJ, sob a relatoria do Juiz Paulo Prazak, decidiu, mais uma vez, que "O Soldado Temporário, enquanto prestar serviço auxiliar voluntário para a Administração Militar, estará sujeito às regras hierárquicas e disciplinares, conferidas a qualquer outro miliciano da ativa. Equiparado a militar de carreira, na hipótese de cometimento de crime militar, assim definido em lei, a competência exclusiva de processar e julgar pertence a esta Justiça Castrense".

A tendência atual, no entanto, é entender que a figura do Soldado PM Temporário é inconstitucional.

Frise-se inicialmente que a Lei federal n. 10.029/2000 sofre ataque pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.173, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal, tendo por relator o Ministro Carlos Britto. Caso seja reconhecida a inconstitucionalidade da Lei federal, nascedouro de todas aquelas oriundas dos Estados-Membros, inequivocamente os militares temporários passarão à condição de não militares, não cometendo, dessa forma, crimes militares no âmbito estadual, não só no que se refere à alínea *a* do inciso II do art. 9º do CPM, mas também em relação a qualquer hipótese de delito militar. Frise-se que, por tratar-se de controle de constitucionalidade pela via concentrada, a decisão terá efeito vinculante, contra todos (*erga omnes*) e, em regra, retroativos (*ex tunc*), mas pode ocorrer a conferência dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por maioria qualificada de dois terços dos membros do STF, a partir do trânsito em julgado da decisão (*ex nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado, isso com permissão do art. 27 da Lei n. 9.868/99, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Embora a questão esteja pendente no Supremo, no Estado de São

Paulo, apesar da já exposta visão do Tribunal de Justiça Militar, a visão de o Soldado PM Temporário ser reconhecido como militar sofreu um duro golpe. O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Incidente de Inconstitucionalidade de Lei n. 175.199-0/0-00, suscitado pela 13ª Câmara de Direito Público daquele Tribunal, reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade não só da Lei estadual n. 11.064/2002, como também da Lei federal n. 10.029/2000, julgado em 5 de agosto de 2009, sob relatoria do Desembargador A. C. Mathias Coltro. Vejamos:

"Por fim, o que se verifica das leis em questão, mormente da lei estadual, é simplesmente a burla à Constituição, com a agressão de direitos sociais, porquanto, de voluntários, os soldados da polícia militar contratados nos termos de tal legislação não têm nada, sendo, apenas e tão somente, *temporários*, aliás como a própria lei os chama: Sd PM temporário.

Destarte, reputam-se inconstitucionais a Lei Federal 10.029/2000 e a Lei Estadual 11.064/2002.

Em face do exposto, conheço desta arguição para, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade da Lei Federal n. 10.029/2000 e da Lei Estadual n. 11.064/2002, determinando o retorno dos autos à 13ª Câmara de Direito Público que as suscitou, a fim de que aprecie a causa, nos termos do art. 658, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça".

Bem verdade que a decisão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo não incursionou pelo aspecto penal militar, visto que o questionamento se limitava à inconstitucionalidade das leis citadas, já que em curso na 13ª Câmara de Direito Público processo, em grau recursal, que discutia a não concessão de benefícios trabalhistas aos soldados temporários, a exemplo de 13º salário e de férias. Todavia, a inconstitucionalidade da lei resvala na esfera penal militar, mormente porque um dos argumentos da decisão repousou sobre manifestação de José Afonso da Silva, em parecer próprio para a questão, cujo principal trecho se destaca abaixo:

"Especialmente a lei cria uma espécie de admissão ao serviço público não admitido pela Constituição. De fato, como se destaca na representação, a lei

cria uma ‘nova categoria’ de servidor público que não está abrigada em nenhuma das hipóteses do art. 37 da Constituição, que prevê três possibilidades de regime: o estatutário, nele compreendidos os cargos efetivos e os de livre nomeação; o celetista; e o dos servidores admitidos por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Além dessas hipóteses, tem-se a convocação para o serviço militar obrigatório, na forma da lei (CF, art. 143), que está fora de cogitação aqui, exatamente porque a previsão da lei, em causa, é de admissão de voluntários para serviços administrativos e auxiliares de saúde e de defesa, civil, nas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. E aqui há outra inconstitucionalidade, qual seja, a de restringir a admissão de servidores a um grupo determinado de pessoas, estabelecendo-se aí um requisito que fere o princípio da igualdade e da generalidade”.

Acolhendo a visão de José Afonso, o Tribunal de Justiça paulista aduz: “Ora, como corretamente alinhavado pelo douto Professor José Afonso, a lei em questão criou uma nova forma de admissão no serviço público, que não se encontra em consonância com o previsto no artigo 37, I, II e IX, da Constituição da República, e, portanto, revela-se inconstitucional”.

Claro que, como podem alguns observar, a decisão comentada não tem efeito *erga omnes*, posto tratar-se de controle incidental, ou seja, um controle difuso da constitucionalidade, no caso concreto, por via de exceção, mas seus efeitos transcendem sim o caso julgado, pois a decisão foi proferida pelo Tribunal, e não por órgão jurisdicional de primeira instância.

Tentemos entender melhor o que se argumenta.

Nos precisos dizeres de Lammêgo Bulos, o controle de constitucionalidade por via de exceção ou de defesa “dar-se-á quando, no curso de qualquer ação judicial, uma das partes pretende aplicar uma lei e a outra parte defende-se dessa pretensão, alegando a inconstitucionalidade da aludida lei”**[499]**. Prossegue afirmando que é “nessa hora que surge o controle difuso, realizado por todo e qualquer juiz ou tribunal, precisamente para resolver a questão prévia, qual seja, a inconstitucionalidade da norma”**[500]**. Em arremate, expõe que a “pronúncia do Poder Judiciário, no controle difuso, não se reporta ao mérito da causa. A sentença proferida, no caso concreto, é para resolver a

questão prévia de inconstitucionalidade, não o litígio principal. Este último só será resolvido depois que o incidente tiver sido sanado” **[501]**.

Outro ponto a ser destacado é o de que o controle difuso da constitucionalidade pelos tribunais, como foi o caso em estudo, só pode ocorrer pelo voto da *maioria absoluta* de seus membros, ou, se o caso, pela maioria dos membros de seu órgão especial. É o que se denomina cláusula de *reserva de plenário*, que está, de forma bem clara, definida no art. 97 da CF, na seguinte conformidade: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. No caso em análise, a 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao receber a questão para julgamento em grau recursal e ao se deparar com uma suscitação de inconstitucionalidade da norma reitora, foi obrigada a alçar a questão para o Órgão Especial do mesmo Tribunal, que, então, proferiu sua decisão somente no que concerne à inconstitucionalidade das leis em questão.

Ocorre que a decisão do Órgão Especial, embora surta efeito para as partes imediatamente, será observada em outros questionamentos acerca da mesma lei. Claro que pela literalidade do art. 97 da CF, toda declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal, ainda que em situações idênticas ao acórdão anterior, deveria ser proferida pelo Órgão Especial, mas essa interpretação tem sido mitigada, de sorte que esta primeira decisão importará no reconhecimento da inconstitucionalidade das leis atacadas em novos casos que possam surgir, sem a necessidade de novo pronunciamento do Órgão Especial.

Nesse sentido, as lições de Pedro Lenza:

“A regra do art. 97 destaca-se como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público. Nesse sentido, destacamos a Súmula Vinculante n. 10/STF:

‘Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte’.

No entanto, enaltecendo o princípio da economia processual, da segurança jurídica e na busca da desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, vem-se percebendo a inclinação para a dispensa do procedimento do art. 97 toda vez que já haja decisão do órgão especial ou pleno do tribunal, ou do STF, o guardião da Constituição sobre a matéria.

De acordo com o Ministro Ilmar Galvão, 'declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei, pela maioria absoluta dos membros de certo Tribunal, soaria como verdadeiro despropósito, notadamente nos tempos atuais, quando se verifica, de maneira inusitada, a repetência desmesurada de causas versantes da mesma questão jurídica, vinculadas à interpretação da mesma norma, que se exigisse, em cada recurso apreciado, a renovação da instância incidental da arguição de inconstitucionalidade, levando as sessões da Corte a uma monótona e interminável repetição de julgados da mesma natureza' (RE 190.725-8/PR).

Essa tendência foi confirmada pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998, que, acrescentando um parágrafo único ao art. 481 do CPC, estabeleceu: 'os órgãos fracionários dos tribunais (entenda-se Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções) não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão', podendo, inclusive, referida ação ser, de plano, apreciada, conhecida e julgada pelo relator, na redação dada ao art. 557 e acréscimo de um § 1º-A ao CPC pelo mesmo dispositivo legal"**[502]**.

Como efeito, já indicamos, a declaração incidental de constitucionalidade gera efeito entre as partes (*inter pars*), e retroativos (*ex tunc*), significando dizer que a declaração de inconstitucionalidade para as partes produz efeitos pretéritos, "atingindo a lei desde sua edição, tornando-a nula de pleno direito"**[503]**.

Já em relação a terceiros, se a inconstitucionalidade incidental for reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 178 do seu Regimento Interno e do art. 52, X, da Constituição Federal, o Pretório Excelso comunicará a declaração ao Senado Federal para que suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva.

No plano estadual, defende-se que, em nome de um paralelismo, é possível haver comando constitucional no sentido de que o Tribunal de Justiça comunique à Assembleia Legislativa a declaração de inconstitucionalidade para que possa ser suspensa a execução da lei estadual**[504]**. Curioso notar que a Constituição do Estado de São Paulo, ao tratar do Tribunal de Justiça, previa dispositivo com essa possibilidade, no entanto o alocava no § 3º do art. 90**[505]**, que trata da declaração de inconstitucionalidade por via concentrada. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal entendeu o dispositivo inconstitucional, já que o controle concentrado de constitucionalidade prescinde dessa comunicação, conforme acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 199.293/SP, julgado em 19 de maio de 2004, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio**[506]**. No entanto, malgrado a inconstitucionalidade do § 3º do art. 90 da Constituição do Estado de São Paulo, é possível sustentar, de fato, construção semelhante ao plano federal, visto que há previsão expressa no inciso XIII do art. 20 da Constituição Estadual de que compete exclusivamente à Assembleia Legislativa suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional em decisão irrecorrível do Tribunal de Justiça.

Das lições acima expostas acerca do controle difuso da constitucionalidade, trazendo os postulados teóricos ao caso concreto de São Paulo, podemos concluir que, embora o Tribunal de Justiça estivesse diante de uma questão atinente a direitos sociais, previstos na Constituição Federal, a decisão daquela Corte passou ao largo da apreciação do pedido, e sim referiu-se à inconstitucionalidade da lei que negava tais direitos. A concessão ou não dos benefícios trabalhistas ficou a cargo da 13ª Câmara de Direito Público, que, para sua decisão, tomará por base a inconstitucionalidade da lei declarada pelo Órgão Especial. Mais ainda, como a inconstitucionalidade incidental foi declarada pelo Órgão Especial, em observância à cláusula de reserva de plenário, todas as demais pendengas que possam futuramente surgir se resolverão tomando por base a decisão do Órgão Especial, ainda que não tenha ela efeito *erga omnes*. Além disso, poderá o Tribunal de Justiça de São Paulo comunicar a inconstitucionalidade à Assembleia Legislativa, que poderá suspender, no todo ou em parte, a execução da Lei estadual.

Podem alguns questionar se essa construção, afeta a um caso que

questionava direitos sociais, pode interferir na concepção do Direito Penal Militar, uma vez que o órgão de segundo grau competente para apreciar essa concepção seria o Tribunal de Justiça Militar do Estado, que, como vimos, considera o Soldado PM Temporário militar da ativa.

Ora, não nos parece adequado que em um mesmo Estado uma categoria seja entendida de duas formas distintas. Em outras palavras, para o Tribunal de Justiça Militar, o Soldado temporário é militar da ativa, portanto sujeito à sua jurisdição na prática de crime militar, enquanto para o Tribunal de Justiça do mesmo Estado, as leis que ensejaram a contratação do Soldado Temporário são inconstitucionais, o que impõe a consideração da irregularidade da contratação, transformando-o em não militar, portanto, não suscetível da prática de crime militar, de sorte que seus atos ilícitos configurariam crimes comuns. Essa distinção, note-se, poderia levar a um conflito positivo de competência, que seria solucionado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos da alínea *d* do inciso I do art. 105 da CF, devendo-se alertar que este Tribunal Superior já se pronunciou acerca da questão no mencionado *Habeas Corpus* n. 62.100/SP (2006/0145469-6), sob a relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima (j. 28-5-2008), do qual pede-se vênia para, mais uma vez, transcrever a ementa:

"PROCESSUAL PENAL MILITAR. *HABEAS CORPUS*. COMPETÊNCIA. SERVIÇO AUXILIAR VOLUNTÁRIO. SOLDADO PM TEMPORÁRIO. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEI FEDERAL 10.029/00 E LEI ESTADUAL 11.064/02. JUSTIÇA ESTADUAL MILITAR. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA 53/STJ. PRECEDENTE DO STF. ORDEM CONCEDIDA

1. Ao contrário do que sucede com a Justiça Militar da União, cujo âmbito de incidência, por expressa previsão constitucional – art. 124, *caput,* da CF/88 –, abrange também os civis, a competência da Justiça Militar Estadual abrange apenas os policiais e os bombeiros militares.

2. Sobre a questão, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado Sumular 53 do seguinte teor: 'Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais'.

3. A Lei Federal 10.029 de 20/10/00 possibilitou, aos Estados e ao Distrito Federal, a instituição da 'prestação voluntária de serviços administrativos e de serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares', sendo o Serviço Auxiliar Voluntário instituído pela Lei 11.064, de 8/2/02 no âmbito da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

4. O Soldado PM temporário, nos termos da legislação do Estado de São Paulo, presta serviços administrativos e auxiliares de saúde e de defesa civil, *não sendo, portanto, policial militar, mas civil*, de modo que não pode ser processado e julgado pela Justiça Militar Estadual.

5. *Habeas corpus* concedido para anular o Processo 35.535/03 da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo desde o recebimento da denúncia, inclusive, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso".

Por tudo o que se aduziu, entendemos como coerente a visão de que o Soldado Temporário de São Paulo deva ser compreendido como um não militar; não podendo, sob essa ótica, praticar crimes militares, devendo sua conduta ser avaliada à luz do Código Penal comum.

Nos demais Estados da Federação que possuem a figura do temporário com arrimo na Lei federal n. 10.029/2000, é fundamental o acompanhamento da citada ADIn 4.173, cuja declaração de inconstitucionalidade por via concentrada, se ocorrer, levará ao mesmo cenário hoje verificado no Estado de São Paulo, concluindo-se que o temporário não pode ser sujeito ativo de crime militar, porquanto seu provimento no cargo é inconstitucional.

Mais um ponto de relevante discussão acerca da alínea em estudo está na necessidade ou não de que o agente conheça a condição de militar da vítima para que o critério *ratione personae* (ou *ratione materiae*, como preferem alguns) seja reconhecido. Como já afirmamos ao estudar o elemento subjetivo do tipo penal militar comissivo doloso – para onde remetemos o leitor –, a exclusão trazida expressamente pelo inciso I do art. 47 do CPM – na verdade, na letra da lei penal militar, estaria afastada a própria tipicidade objetiva ("deixam de ser elementos constitutivos do crime"), mas preferimos entender que há a afetação

do dolo – não pode ser restrita aos casos de superioridade e inferioridade hierárquica ou funcional, porquanto a estrutura do dolo apresentada seria incoerente. Assim, embora contrariando a visão dominante, entendemos que, em se tratando de crime doloso, é imprescindível o conhecimento da condição do sujeito passivo de militar em situação de atividade pelo sujeito ativo para que se configure a hipótese da alínea *a* do inciso II do art. 9º do CPM. Na aplicação prática do Direito Penal Militar já é possível encontrar posicionamentos nesse sentido.

Nos autos do Inquérito Policial Militar n. 52/03 (Protocolo n. 059/04/DDJ), onde um cabo do Exército Brasileiro foi acusado de agredir um soldado da mesma Força, sem conhecer a condição de militar, o Representante do Ministério Público que funcionou nos autos, o caro Jorge César de Assis, promoveu o arquivamento do capeado perante o juízo da 3ª Auditoria da 3ª CJM, com a seguinte construção:

"Cuida aqui o Código do critério *ratione personae*, ou seja, para configurar-se a ocorrência de crime militar nessa hipótese, basta que o fato seja praticado por militar da ativa, contra militar na mesma situação, independente da conjugação de outros critérios, v. g., o *ratione loci*, que exige que o fato ocorra em lugar sob administração militar.

Pois bem, que os dois indiciados são militares da ativa (ofensor e ofendido) não resta qualquer dúvida.

Todavia, o fato de que, anteriormente à briga, desconheciam, cada um, a condição de militar do outro, me parece, desnatura o crime militar.

Ora, sendo a disciplina a viga mestra das Forças Armadas, ao reprimir a ocorrência do crime militar, o CPM resguarda, principalmente, tais valores tão essenciais à vida militar.

Se os contendores não conhecem a situação militar um do outro, não se trata de crime militar, mas sim de crime comum, a ser julgado pelo Juizado Especial Criminal, para o qual, aliás, já foi encaminhado o procedimento instaurado paralelamente na Polícia Civil, e que se vê das fls. 135/139".

Em face da discordância do Poder Judiciário, os autos foram alçados à então Procuradora-Geral do Ministério Público Militar, Dra. Maria Ester Henriques Tavares, que, contrariando parecer da Câmara de Coordenação e Revisão, decidiu:

"Discordo do posicionamento da egrégia CCR/MPM. A tese esposada na promoção ministerial merece prosperar. A fixação da competência da justiça castrense para processar e julgar os fatos não deve limitar-se, apenas, ao critério *ratione legis*. Não obstante a ocorrência do crime perpetrado por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação, há que se ampliar a conceituação para a definição do crime militar. No presente caso, os militares desconheciam a condição de integrante das Forças Armadas um do outro, conforme declaração prestada, fls. 71/72 e fls. 82. Os valores essenciais à mantença das instituições castrenses permaneceram incólumes, quais sejam, a hierarquia e a disciplina. Em nenhum momento o quadro fático guardou correlação com os bens e interesses do arcabouço jurídico militar.

(...).

A presente investigação revela que o fato está sendo processado na esfera de competência e atribuição da Justiça Comum Estadual, consoante se vê às fls. 134/169.

Destarte, determino o arquivamento dos presentes autos".

Esperamos que esta visão prospere e que possa fazer eco em outros casos, inclusive nas Justiças Militares Estaduais.

A discussão dessa questão já chegou ao Supremo Tribunal Federal, decidindo-se em favor da necessidade de conhecimento da condição de militar do sujeito passivo para o reconhecimento do crime militar *inter milites*.

No *Habeas Corpus* 99.541-RJ, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 10 de maio de 2011, a Primeira Turma do Pretório Excelso decidiu:

"PENAL MILITAR. *HABEAS CORPUS*. CRIME IMPRÓPIO: LESÃO CORPORAL GRAVE (CPM, ART. 209, § 1º). CRIME PRATICADO POR MILITAR CONTRA MILITAR EM CONTEXTO *EM QUE OS ENVOLVIDOS*

NÃO CONHECIAM A SITUAÇÃO FUNCIONAL DE CADA QUAL, NÃO ESTAVAM UNIFORMIZADOS E DIRIGIAM CARROS DESCARACTERIZADOS. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DEFINIDA NO ARTIGO 9º, INCISO II, ALÍNEA 'A' DO CÓDIGO PENAL MILITAR. 1. A competência da Justiça Militar, posto excepcional, não pode ser fixada apenas com à luz do critério subjetivo, fazendo-se mister a reunião de outros elementos que justifiquem a submissão do caso concreto à jurisdição castrense, principalmente a análise envolvendo a lesão, ou não, do bem ou serviço militar juridicamente tutelado. 2. *In casu*, uma discussão de trânsito evoluiu para lesão corporal, *sem que os envolvidos tivessem conhecimento da situação funcional de cada qual*, além de não se encontrarem uniformizados e dirigirem seus carros descaracterizados. *A Justiça Castrense não é competente* a priori *para julgar crimes de militares, mas crimes militares*. Precedentes: RHC 88.122/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, *DJe* de 13-9-2007 e 83.003/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, *DJ* de 25-4-2008. 3. Ordem concedida para declarar a incompetência da Justiça Militar".

Finalmente, uma última abordagem relevante está na aplicação ou não da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 ("Lei Maria da Penha") na agressão praticada pelo marido contra a esposa, ambos militares da ativa, pretensamente enquadrado na alínea *a* do inciso II do art. 9º. Há três posições acerca do tema.

Em primeiro plano, há os que defendem que a "Lei Maria da Penha" não encontra aplicabilidade na agressão contra a mulher praticada no âmbito conjugal, porquanto haverá a configuração de crime militar, não sendo possível a aplicação da lei específica, que nem sequer faz menção ao Código Penal Militar. O argumento dessa corrente é muito forte, porquanto, com efeito, os dispositivos da "Lei Maria da Penha" que alteraram outros diplomas, restringiram-se à legislação penal comum (substantiva e adjetiva), a exemplo do que dispõe o art. 44 da referida Lei, que alterou apenas o art. 129 do Código Penal comum, sem mencionar o art. 209 do CPM.

Outra construção entende que a "Lei Maria da Penha", por ser especial, deve prevalecer sobre o Código Penal Militar, o que levaria a uma

desnaturação da conduta de crime militar para crime comum, inclusive tomando por foco o bem jurídico penal-militar. Nesse sentido, por todos, assevera Murilo Salles:

"A Carta Magna recepcionou o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, dando-lhes roupagem de legalidade, coibindo os abusos contidos quando de suas decretações, dando ao militar direitos que não detinha na plenitude. Enaltecendo a democracia o sábio José Afonso da Silva ensina: 'Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constrangem, mais liberdade conquista' (SILVA, 2004: 233).

Seguindo o avanço democrático, o militar adquiriu mais liberdade diante do rígido ordenamento jurídico militar – tal rigidez faz-se necessária apenas para manter a regularidade das forças militares, mas desnecessária na intimidade e na vida privada do militar. Caso o militar desrespeite essa liberdade e venha a cometer violência doméstica contra sua companheira também militar, e esta requerer intervenção estatal, deverá então ser aplicada a Lei Maria da Penha, sendo o caso processado e julgado pela Justiça comum, que, além de punição, proporciona outras restrições ao agressor, bem como garante à mulher militar vítima e a seus familiares um conjunto de atendimentos e medidas protetivas indispensáveis para coibir a violência doméstica.

A violência doméstica envolvendo casal de militares deve ser processada e julgada pela Justiça comum, conforme a Constituição Federal e a Lei Maria da Penha, já que atinge a regularidade da instituição familiar – que tem como base os sentimentos e os atos mais íntimos do ser humano, tais como o amor, o carinho e o sexo. Já a Justiça Militar detém o mister constitucional de processar e julgar os crimes militares, ou seja, aqueles que afrontam a regularidade das instituições militares – que tem como base a hierarquia e a disciplina. Temos também de considerar que na relação íntima dos militares, quando um agride fisicamente ou verbalmente o outro, pretende o agressor tão somente agredir seu familiar e não um militar ou sua instituição.

Sendo aplicada a Lei Maria da Penha no caso de violência doméstica envolvendo casal de militares, a mulher militar estará sendo protegida como

qualquer outra mulher, pois o *status* de militar não lhe retira a qualidade de mulher, do contrário estaríamos diante de uma inconstitucionalidade gritante, já que a mulher militar estaria sendo segregada por um entendimento jurídico limitador de direitos conquistados ao longo do tempo em prol da entidade familiar e da sociedade como um todo.

Por tudo que foi visto até aqui, somente nos resta afirmar que a mulher militar deve ser amplamente amparada pela Lei Maria da Penha quando for vítima de violência doméstica por parte de seu companheiro também militar”**[507]**.

Em trabalho monográfico de fôlego, de autoria de Fernando Kobal, surgiu uma terceira via, qual seja, a possibilidade de, embora crime militar, aplicarem-se as medidas protetivas de urgência na agressão perpetrada contra a mulher no âmbito conjugal. Segundo o autor, “A pouca atenção dispensada pelo legislador pátrio ao Direito Militar (gênero) não pode preterir os militares de direitos, mormente os relacionados a Direitos Humanos, como o foi a Lei ‘Maria da Penha’, deixando de incluir a mulher militar, vítima de violência praticada por seu companheiro também militar.

O desinteresse pelos militares não é exclusividade dos legisladores, considerando que os diversos autores, que discorreram sobre a Lei ‘Maria da Penha’ em seus livros, os quais serviram de suporte para a elaboração do presente trabalho, não teceram qualquer comentário sobre a situação da mulher militar, com exceção do Dr. Décio Luiz José Rodrigues, Juiz de Direito Titular da Sexta Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro/SP, ao explanar sobre ‘competência’, pois ao menos citou a Justiça Militar.

Assegurar as medidas protetivas de urgência à mulher militar vítima da violência doméstica ou familiar é tutelar a ‘prevalência dos direitos humanos’ e a ‘dignidade da pessoa humana’, conforme expressa a Constituição Federal.

O Oficial de Polícia Judiciária-Militar ao tomar conhecimento de crime militar, envolvendo militares da ativa, deverá aplicar os institutos da Lei Maria da Penha, caso sejam requeridos pela ofendida, adotando os procedimentos que lhe são pertinentes e encaminhando no prazo de quarenta e oito horas, ao Juízo Militar, para que este Poder fomente as providências que lhe

são exclusivas”[508].

Na visão do autor, os institutos processuais da “Lei Maria da Penha” poderiam ser aplicados pelo Juiz de Direito do Juízo Militar (ou Juiz Auditor), a exemplo da medida protetiva de urgência, como o caso da suspensão da posse ou restrição de porte de arma para o autor e do afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. Também nesse sentido, posiciona-se Abelardo Júlio da Rocha268-A.

Filiamo-nos, todavia, à segunda visão, muito bem defendida por Murillo Salles. Com efeito, a agressão entre cônjuges no interior do ambiente doméstico, como regra, não avilta bens jurídicos penais-militares, passando ao largo da necessidade de intervenção penal militar. Ademais, acrescemos que a construção feita acerca do dolo, principalmente aqui no elemento volitivo, parece conduzir à impossibilidade de aplicação do Direito Penal Militar. Em outras palavras, para sofrer uma repressão por crime militar doloso, é preciso não só o elemento cognitivo – no caso aqui em discussão, saber que a esposa é militar da ativa –, mas também o volitivo, ou seja, querer agredir um militar da ativa. Note-se que essa contrução afastaria a intervenção penal militar não só nos casos de agressão entre cônjuges, mas também entre pai e filho, irmãos etc. Claro que se a agressão for perpetrada em ambiente onde estejam presentes a disciplina e a hierarquia militares, haverá assinte a bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar, mas não é esse o caso a que nos referimos.

Em face da discussão aberta instalada, sem preponderância para uma das correntes expostas, adequado que a questão não seja dirimida pela polícia judiciária militar, e sim seja avaliada pelo órgão jurisdicional no caso concreto. Com agudeza, já sustentava essa posição Célio Lobão, mesmo antes do advento da “Lei Maria da Penha”, nos seguintes termos:

“Com a incorporação de mulheres às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares, surge o problema relativo à competência da Justiça Militar para conhecer do delito cometido por um cônjuge ou companheiro contra o outro. Se a ocorrência diz respeito à vida em comum, permanecendo nos limites da relação conjugal ou de companheiros, sem reflexo na disciplina e na hierarquia militar, permanecerá no âmbito da justiça comum.

Tem pertinência com a matéria a decisão da Corte Suprema segundo a qual a administração militar ‘não interfere na privacidade do lar conjugal, máxime no relacionamento do casal’. É questão a ser decidida pelo juiz diante do fato concreto”**[509]**.

Alínea “b” do inciso II do art. 9º do CPM. A alínea *b* do inciso II do art. 9º dispõe que será crime militar aquele praticado “por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil”, firmando-se o critério *ratione loci.*

Inicialmente, deve-se notar que no polo ativo está novamente o militar da ativa e no passivo, qualquer pessoa, *exceto militar em situação de atividade*. Portanto, caso a vítima seja militar da ativa, mesmo estando em local sujeito à Administração Militar, o fato encontra subsunção na alínea *a*, exaltando-se o critério *ratione personae* (ou *ratione materiae*, como preferem alguns doutrinadores), e não o *ratione loci.*

Cumpre, pois, tentar delimitar o que se entende por “lugar sujeito à Administração Militar”, outro elemento normativo que será aproveitado para alguns delitos abrangidos pelo inciso I, como no caso dos arts. 235 e 290 do CPM.

Não há uma definição legal para a expressão “lugar sujeito à Administração Militar”, ficando sua delimitação a cargo da doutrina, que tem variado sua compreensão.

Para Jorge Alberto Romeiro, lugar sujeito à Administração Militar entende-se o espaço físico em que as forças militares realizam suas atividades, como quartéis, aeronaves, embarcações, estabelecimentos de ensino militar, campos de treinamento etc.**[510]**.

Célio Lobão postula que lugar sob Administração Militar é aquele que “pertence ao patrimônio das Forças Armadas, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar ou encontra-se sob administração dessas instituições militares, por disposição legal ou ordem igualmente legal de autoridade competente. O local referido pode ser imóvel ou móvel, como veículo, embarcação, aeronave etc.”**[511]**.

Cláudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz definem lugar sujeito à Administração Militar como aquele "que integra o patrimônio das instituições militares ou, sob sua administração, é o local em que as instituições militares desenvolvem suas atividades, como quartéis, navios e aeronaves militares, estabelecimentos de ensinos militares, campos de treinamento etc."**[512]**.

Na nossa compreensão, respeitando as construções transcritas, três critérios deveriam informar a identificação de um lugar sob Administração Militar: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Fixação importa em defender que estamos tratando de "lugar", e não de "algo" no sentido de um objeto. Nas várias acepções da palavra "lugar", sempre se refere a um espaço físico, dando a entender que se trata de um ambiente fixo, ou seja, não móvel. Assim, por exemplo, define-se lugar como "país, cidade, povoação, região não especificada"**[513]**, ou então como "área de limites definidos ou indefinidos"**[514]**. A fixação, no entanto, pode ser suprida pela *amplitude*, ou seja, embora não sendo fixo, o lugar será reconhecido como sujeito à Administração Militar se for *amplo* a ponto de comportar em seu interior um efetivo militar devidamente comandado, instalando-se, pois, uma disciplina militar. Assim, um quartel é um ambiente que pode ser enquadrado no conceito de lugar, bem como um navio ou uma aeronave de grande porte. Não podem ser enquadrados nesse conceito, contudo, uma motocicleta da Polícia Militar ou um bote inflável da Polícia Militar Ambiental.

Ainda, embora fixo e/ou amplo, é preciso que a Administração Militar possa dispor, mesmo que por período determinado, do lugar, isso de forma plena ou predominante. Não podem ser enquadrados como locais sujeitos à Administração Militar aqueles dos quais a Administração apenas zela, sem exercer uma real administração, a exemplo do que ocorre com as áreas de segurança militar criadas por resolução. Nestas, geralmente adstritas a quartéis, a permeabilidade com o trânsito de qualquer pessoa é notória, não havendo plena administração do local por parte da Administração Militar. *In exemplis*, se o Comandante de uma Unidade desejar mudar o estacionamento ou a mão de direção de veículos no interior do quartel, poderá fazê-lo sem problemas, visto

que administra esse ambiente; se quiser, por outro lado, alterar a mão de direção da via pública em frente ao quartel, situada em área de segurança militar, deverá solicitar o concurso e autorização do órgão responsável pela engenharia de tráfego, pois não administra predominantemente esse ambiente, podendo apenas dele zelar e adotar algumas medidas restritivas em situações exporádicas, como a instalação de obstáculos para redução da velocidade e circulação em épocas de distúrbios civis ou por questões comprovadas de segurança. Claro que nem sempre haverá a administração plena, mas ela deve ser preponderante. Como exemplo, tome-se um quartel instalado em prédio tombado, que sofrerá inúmeras restrições para a reforma, mas que, apesar disso, o Comandante administra preponderantemente o ambiente. Aqui vale lembrar que associações e clubes não integram a Administração Militar, não se podendo confundir lugar sujeito à Administração Militar com lugar administrado por militares, já que esta realidade pode ocorrer no caso de pessoas jurídicas de direito privado ou mesmo de pessoas jurídicas de direito público, porém integrantes da Administração indireta, ou seja, não integrantes da Administração Militar, como a Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Por fim, há que se defender que o lugar sujeito à Administração Militar também deve ser guarnecido com efetivo de segurança, ou ao menos com defensas que o caracterizem como um ambiente ocupado e administrado por uma força militar.

Assim, na ausência de definições legais, propomos que lugar sob Administração Militar seja compreendido como aquele ambiente, senão fixo, ao menos amplo, sobre o qual a Administração Militar exerça domínio total ou preponderante e devidamente guarnecido com efetivo de segurança.

Exclui-se dessa definição a residência fornecida a oficial ou praça das Forças Armadas, como moradia, por força do inciso XI do art. 5º da CF, segundo o qual a inviolabilidade do domicílio impede, por óbvio, a interferência da Administração Militar naquele ambiente. Essa construção, obviamente, estende-se aos quartos alugados a militares em hotéis de trânsito, desde que não tenham a configuração de mero alojamento coletivo. Deve-se lembrar que a Lei Penal Militar (art. 226, § 4º, III) e a Lei Processual Penal Militar (art. 173, *c*),

equiparam a casa “o compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”, ambientes que, ao menos na parte não aberta ao público, também estarão fora do conceito de lugar sob a Administração Militar, a exemplo de bancos, cantinas etc., no interior dos quartéis. Aliás, mesmo nos espaços dessas instalações abertas ao público, tem-se a visão de que não há enquadramento ao elemento normativo “lugar sujeito à Administração Militar”. Nesse sentido, embora alertem acerca de visão diversa do Superior Tribunal Militar, as lições precisas de Cláudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz:

“Um fato que suscita controvérsias diz respeito aos delitos de roubo ou furto ocorridos em agências bancárias situadas no interior de unidades militares. O espaço físico ocupado por essas instituições financeiras não é considerado local sujeito à administração militar. Assim, o crime seria de natureza comum por não incidir essa alínea *b*. Além disso, o sujeito passivo é o Banco que suporta os prejuízos financeiros, bem como os seus funcionários são as vítimas das ameaças e violências ocorridos durante o roubo”**[515]**.

Deve-se ter a cautela, na análise da alínea *b*, de verificar sempre o sujeito passivo do fato analisado, porquanto o enquadramento nessa alínea depende da prática do delito contra civil ou militar inativo (afastando-se, por nossa premissa, o assemelhado). Assim, mesmo um fato ocorrido no interior do quartel, por não ter tais pessoas por sujeito passivo, não poderá ser enquadrado no dispositivo em estudo e, se não encontrar enquadramento em outra alínea, não se tratará de crime militar. Um bom exemplo dessa possibilidade está no Feito n. 31647/02, da 2ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, em que dois militares estaduais, cadetes, foram acusados da prática de estelionato em desfavor da cantina instalada no interior do quartel da Academia de Polícia Militar do Barro Branco, mantida pelo Diretório Acadêmico dos cadetes. O Representante do Ministério Público (fl. 276 do capeado), ao nosso ver com muito acerto, promoveu a remessa dos autos à Justiça Comum, porquanto, embora a cantina e o Diretório Acadêmico se encontrassem no interior de um quartel, o sujeito passivo do delito patrimonial não foi civil, reformado ou militar da reserva, e sim o Diretório Acadêmico, pessoa jurídica de direito privado, excluindo-se a incidência da alínea *b* do inciso II do art. 9º do CPM. Remetidos à Justiça Comum, o fato foi processado como delito comum, nos autos do

Processo n. 001.02.011399-5/00, na 24ª Vara Criminal do Fórum Central Criminal da Comarca de São Paulo.

A propósito da situação das casas em vilas militares e da agressão contra mulher, no bojo da relação conjugal etc., em local sujeito à Administração Militar, suscitando o conflito com a Lei n. 11.340/2006, entendemos que, se o fato ocorrer no interior da residência, ainda que ambos militares da ativa, como expusemos na alínea *a*, tratar-se-á de crime comum. Todavia, se essa agressão for praticada fora do ambiente do lar, por exemplo, no refeitório de uma Unidade, de sorte que fragilize a hierarquia e a disciplina, haverá crime militar pela aplicação da alínea *a*, se ambos forem militares da ativa, ou da alínea *b*, se o sujeito passivo for civil ou militar inativo.

A nosso ver, diferente do que expõem algumas das posições doutrinárias como as supracitadas, as viaturas não se enquadram na definição desejada pelo Código Castrense ao prever o critério *ratione loci*, assim como embarcações e aeronaves de pequeno porte, e. g., como já expusemos, botes, helicópteros etc. Entendemos, pois, que, para chegar à condição de lugar, o ambiente deve ter tal amplitude que permita a formação de tropa sob comando, impondo-se a disciplina militar. É verdade que esse critério pode ser muito combatido; mas até hoje não se apresentou critério dotado de suficiente bom senso para dirimir a questão. Pela definição do ilustre mestre, até mesmo uma motocicleta pode ser considerada lugar sujeito à Administração Militar, o que nos parece um tanto quanto exagerado. Malgrado nossa visão, na Justiça Militar do Estado de São Paulo, o Provimento n. 03/05-CG, da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça Militar, por nós já mencionado, ao tratar da compreensão dos crimes militares em face de acidentes de trânsito, em um dos seus considerandos, entendeu que "as viaturas, *trailers* e unidades móveis são considerados como lugares sujeitos à administração militar (Recurso em Sentido Estrito n. 974/05, Recurso Inominado n. 030/04, Recurso Inominado n. 035/04, Recurso Inominado n. 036/04 e Recurso Inominado n. 037/04)". No citado Recurso em Sentido Estrito n. 974/05, por exemplo, julgado em 20 de outubro de 2005, tendo por relator o Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior, lavrou-se a seguinte ementa:

“Para o estabelecimento da competência do foro militar, deve ser entendido ‘lugar da infração’ como aquele militarmente ocupado e administrado. A viatura (ônibus) policial é considerada como local sujeito à administração militar, vez que pertencente ao patrimônio da polícia militar e utilizada por militares estaduais no desempenho de suas diversas missões”.

Também não entendemos como locais sujeitos à Administração Militar, como já afirmamos, as chamadas *zonas de segurança* ou *áreas de segurança militar* próximas aos quartéis, porquanto, embora o administrador seja, por força de Resolução, um militar, a Administração não está livre no uso do local, conforme exemplo acima consignado.

Não se enquadram no conceito em foco, também, as instalações do Poder Judiciário, como as Auditorias Militares, por não estarem no espectro de disposição da Administração Militar. Muito bem aduzem Cláudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz que as “auditorias não são consideradas locais sujeitos à administração militar, pois destinam-se a servir de local para funcionamento de atividades do Poder Judiciário e não das Forças Armadas”**[516]**.

Acerca do acidente de trânsito ocorrido em lugar sujeito à Administração Militar, há o entendimento de que o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97 – CTB) não se aplicaria a fato ocorrido no interior, por exemplo, de um quartel, por força do que dispõe o seu art. 2º. Isso levaria a uma inequívoca aplicação pevalecente do Código Penal Militar a um acidente ocorrido na caserna, por exemplo, o atropelamento de uma pessoa (não militar da ativa, para não suscitar a possibilidade de enquadramento na alínea *a*), no interior do quartel, por um militar que, de folga (para não suscitar a possibilidade de enquadramento na alínea *c*, que estudaremos a seguir), está deixando a Unidade para ir para sua residência. Todavia, é possível entender que os dispositivos penais do Código de Trânsito transcendem a construção do art. 2º, pois para as disposições penais, nos termos do art. 291, também do CTB, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se o próprio capítulo XIX, que trata dos crimes de trânsito, não dispuser de forma diversa. Note-se que a exceção do CTB refere-se ao capítulo, e não a todo o Código, não alcançando, portanto, o art. 2º. Assim, é possível a aplicação das

disposições criminais do Código de Trânsito no interior dos quartéis, visão que, alertamos, não é acompanhada pela doutrina específica em sua grande maioria. Nesse contexto, surge novamente o conflito aparente de normas entre o CTB e o CPM, que, em nossa visão, como já ressaltamos, deveria resolver-se em favor do Código de Trânsito.

Finalmente, de acordo com os critérios que enumeramos e as posições doutrinárias que nos afeiçoam, podemos indicar como exemplos de lugares sujeitos à Administração Militar:

1) os quartéis das instituições militares, sejam eles quartéis operacionais, como um Batalhão de Infantaria do Exército Brasileiro, sejam eles unidades não operacionais, a exemplo dos Hospitais Militares, das Unidades de Ensino (Academia Militar das Agulhas Negras, Academia de Polícia Militar do Barro Branco etc.) e os Hotéis de Trânsito, em suas áreas de uso comum;

2) as vilas militares em sua área de utilidade comum, como ruas, calçadas etc.;

3) as áreas de acampamentos, acantonamentos e bivaques militares;

4) as embarcações e aeronaves militares de grande porte.

Por outro lado, não consideramos lugares sujeitos à Administração Militar:

1) o interior das casas localizadas em vila militar, em razão da tutela constitucional prevista no inciso XI do art. 5º;

2) o interior do quarto de Hotel de Trânsito militar, devidamente ocupado, bem como o interior de bancos, cantinas etc. alocados dentro de Unidades Militares, o primeiro tutelado pelo dispositivo constitucional citado, os segundos, embora também em parte afetados pelo disposto no inciso XI do art. 5º da CF, em razão da compreensão de que não se enquadra no critério de disposição do ambiente pela Administração Militar;

3) o interior das instalações de associações, sociedades recreativas etc., administrados por militares, a exemplo da Associação de Cabos e Soldados da Polícia Militar do Estado de São Paulo, já que não se pode confundir local sujeito

à Administração Militar com local administrado por militar;

4) ruas, praças etc., próximas aos quartéis, de livre acesso, ainda que se configurem em área de segurança militar, já que a administração não possui poder de livre deliberação sobre o ambiente, salvo se se tornarem locais de acampamento;

5) as instalações do Poder Judiciário e do Ministério Público, como as Auditorias da Justiça Militar da União e dos Estados.

Alínea "c" do inciso II do art. 9º do CPM. A alínea *c* do inciso II, do art. 9º, alterada pela Lei n. 9.299, de 7 de agosto de 1996, dispõe que se configura crime militar o praticado "por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil", configurando-se em um critério *ratione materiae*.

Aqui também há que se ater ao fato de que no polo ativo está o militar da ativa e no passivo, qualquer pessoa, *exceto militar em situação de atividade*. Dessa forma, caso a vítima seja militar da ativa, mesmo estando o sujeito ativo em serviço, o fato encontra subsunção na alínea *a*, exaltando-se o critério *ratione personae*, e não o *ratione materiae*.

Em primeiro plano, temos o militar em serviço, compreendido como aquele que está no desempenho de suas funções atreladas à instituição militar em que serve ou, como aduz Célio Lobão, "é o que se encontra exercendo função do cargo militar, permanente ou temporário, decorrente de lei, decreto, regulamento, ato, portaria, instrução, ordem verbal ou escrita de autoridade militar competente"**[517]**.

Não se pode confundir a condição do militar em serviço com a do militar em situação de atividade. Esta consiste na situação em que o militar ainda não foi alcançado pela inatividade, reserva remunerada ou reforma. Aquele, compreende o militar da ativa – exceto os casos de equiparação do art. 12 do CPM, em que um militar inativo poderá, por ser equiparado ao da ativa, estar de serviço – está no desempenho das funções que sua instituição lhe conferiu**[518]**.

Apesar disso, como já referimos, não raramente há julgados que confundem as expressões. Por todos, no STJ, *vide* o já mencionado Conflito de Competência n. 26.986, sob relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura (j. 14-3-2007), e no STF, o também já citado *Habeas Corpus* n. 83.003/RS, Segunda Turma, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 16 de agosto de 2008.

A expressão "em serviço", deve-se aduzir, não compreende apenas o serviço próprio da instituição militar, conhecido por "atividade-fim", mas todo e qualquer serviço em que a instituição deposite em seu agente a confiança de executá-lo.

Nesse sentido, *vide* o *Habeas Corpus* n. 82.142/MS, julgado em 11 de dezembro de 2002, relatoria do Ministro Maurício Corrêa. No caso em espécie, em um grupo policial misto, integrado por Policiais Militares e Civis do Estado do Mato Grosso do Sul, denominado Departamento de Operações de Fronteira (DOF), o entendimento inicial do Poder Judiciário Sul-mato-grossense foi no sentido de que a função não era afeita à atividade da Polícia Militar, de sorte que os ilícitos penais praticados pelos militares não seriam crimes militares. Avaliada pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, a visão foi reformada, firmando-se a competência da Justiça Militar Estadual por tratar-se de crime militar. Vejamos a ementa do acórdão:

"*HABEAS CORPUS*. POLICIAL MILITAR. CONDUTA RELACIONADA COM ATUAÇÃO FUNCIONAL. CRIMES TAMBÉM DE NATUREZA PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA RECONHECIDA.

1. Policial militar. Existência de delitos tipificados ao mesmo tempo no CP e no CPM. Condutas que guardam relação com as funções regulares do servidor. Crime militar impróprio. Competência da Justiça Militar para o julgamento (CF, artigo 124).

2. Departamento de Operações de Fronteira do Estado de Mato Grosso do Sul. Polícia mista. Mesmo nas hipóteses em que entre as atividades do policial militar estejam aquelas pertinentes ao policiamento civil, os desvios de condutas decorrentes de suas atribuições específicas e associadas à atividade militar, que caracterizem crime, perpetradas contra civil ou a ordem administrativa castrense, constituem-se em crimes militares, ainda que ocorridos fora do lugar

sujeito à administração militar (CPM, artigo 9º, II, 'c' e 'e').

3. Nesses casos a competência para processar e julgar o agente público é da Justiça Militar. Enunciado da Súmula/STF 297 há muito tempo superado.

4. Crime de formação de quadrilha (CP, artigo 288). Delito que não encontra tipificação correspondente no Código Penal Militar. Competência, nessa parte, da Justiça Comum. Habeas-corpus deferido em parte".

Finalmente afastando a Súmula 297 do STF, até hoje mencionada no STJ, e embora equivocando-se no dispositivo constitucional, já que as Justiças Militares dos Estados possuem competência definida no art. 125, § 4º, da CF, e não no art. 124, como citado, o Pretório Excelso, com essa decisão, evidencia que a expressão "em serviço" transcende o que se poderia ter como apenas afeto a uma atividade beligerante ou própria de caserna, entendendo-se compreendida na expressão toda e qualquer função desempenhada pelo militar, desde que em representação à sua instituição. *In exemplis*, estará em serviço para fins da aplicação da lei penal militar, o Oficial integrante da Assessoria Policial Militar da Assembleia Legislativa de um Estado que, no seu período de escala, agrida um funcionário civil da casa legislativa. Ademais, ratificando esse entendimento, basta lembrar que o Código Penal Militar, quando deseja restringir uma função ao conjunto daquelas essencialmente beligerantes ou ligadas à atividade-fim de uma instituição militar, o faz expressamente, como no caso do crime de desacato a militar, trazido pelo art. 299 do CPM, com a seguinte redação: "Desacatar militar no exercício de *função de natureza militar* ou em razão dela" (g. n.).

Nesse mesmo contexto, estão os militares das Forças Armadas que desempenham operações de garantia da lei e da ordem, mais conhecidas como GLO. Como se sabe, o art. 142 da Constituição Federal dispõe que as Forças Armadas "constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, *da lei e da ordem*" (g. n.), sendo clara a possibilidade de, eventualmente, as Forças Armadas serem empregadas para a

preservação da ordem pública (GLO).

Acerca da organização, preparo e emprego das Forças Armadas, a disciplina está contida na Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999, alterada pela Lei Complementar n. 117, de 2 de setembro de 2004, e pela Lei Complementar n. 136, de 25 de agosto de 2010. O art. 16-A, acrescido por esta última Lei Complementar, à guisa de exemplo, confere às Forças Armadas, "além de outras ações pertinentes, também como atribuições subsidiárias, preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, por meio de ações *preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, no mar e nas águas interiores*, independentemente da posse, da propriedade, da finalidade ou de qualquer gravame que sobre ela recaia, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo", executando, dentre outras, as ações de patrulhamento, de revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves e de prisões em flagrante delito. Dispõe ainda o parágrafo único do mesmo artigo que as Forças Armadas, ao zelar pela segurança pessoal das autoridades nacionais e estrangeiras em missões oficiais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, poderão exercer as ações de revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves e de prisões em flagrante delito.

No entanto, o diploma que realmente traz minúcias ao emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem é o Decreto n. 3.897, de 24 de agosto de 2001. Nesse instrumento normativo não primário, encontramos um caráter subsidiário da atuação das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, *ex vi* do art. 3º, que dispõe que na "hipótese de emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem, objetivando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, porque esgotados os instrumentos a isso previstos no art. 144 da Constituição, lhes incumbirá, sempre que se faça necessário, desenvolver as ações de polícia ostensiva, como as demais, de natureza preventiva ou repressiva, que se incluem na competência, constitucional e legal, das Polícias Militares, observados os termos e limites impostos, a estas últimas, pelo ordenamento jurídico". Claramente, havendo o esgotamento das possibilidades afetas aos órgãos de segurança pública, enumerados no art. 144 da

Constituição Federal, as Forças Armadas terão o papel de preservar a ordem pública em toda a sua acepção, ou seja, segurança, tranquilidade e salubridade públicas. O parágrafo único desse mesmo artigo esclarece que se consideram "esgotados os meios previstos no art. 144 da Constituição, inclusive no que concerne às Polícias Militares, quando, em determinado momento, indisponíveis, inexistentes, ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional", fixando, claramente, um emprego subsidiário das Forças Armadas, devendo o poder constituído primeiro lançar mão das Polícias Militares e somente após constatar a insuficiência, fomentar o emprego das Forças Armadas.

Poder-se-ia questionar, a exemplo do que ocorreu em nível estadual com o Departamento de Operações de Fronteira supracitado, se o militar federal em operação de GLO estaria em serviço para fins de aplicação da alínea estudada, uma vez que estaria em uma missão não propriamente afeta à atividade beligerante. A resposta a essa indagação é muito simples e decorre da própria Lei Complementar n. 97/99, que em seu art. 15, no § 7º, dispunha que o "emprego e o preparo das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem são considerados atividade militar para fins de aplicação do art. 9º, inciso II, alínea *c*, do Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar". Na atual redação, por força da Lei Complementar n. 136/2010, dispõe-se que a atuação do militar em algumas atividades, em especial a que discorremos – GLO – inclusive no seu preparo, é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal. Dessarte, militar das Forças Armadas, em treinamento ou execução de operação atrelada à garantia da lei e da ordem, estará em serviço para fins de subsunção à alínea estudada. A mesma construção deve ser feita em outras atividades trazida pela Lei Complementar em foco, como aquelas ligadas à defesa civil, prevista no *caput* do art. 16.

O vínculo com o serviço militar, exigido pela alínea *c*, ressalte-se, é interrompido pelo abandono do posto, do lugar de serviço ou do próprio serviço, de sorte que um crime posteriormente praticado, senão por outra alínea do inciso II, não será crime militar pela alínea *c*. Nesse sentido, Célio Lobão, ao aduzir:

"Ao abandonar o posto, o militar, evidentemente, permanece em

atividade, mas não em serviço, mas não no exercício da função do cargo militar e, se comete crime, o faz como militar, sem estar de serviço. Como exemplo, a ocorrência envolvendo integrantes de uma patrulha que, afastando-se do roteiro estabelecido, dirigiram-se a um bar, onde cometeram crime. O Superior Tribunal Militar, acertadamente, entendeu que os militares não estavam em serviço e considerou o fato delituoso como crime comum (Rec. Crim. n. 3.715). Embora em atividade, no serviço ativo, os militares não estavam em serviço".

O STM, no entanto, já decidiu em sentido oposto. Nos Embargos n. 2005.01.049781-5/SP, decididos em 20 de junho de 2006, sob relatoria do Ministro Ravder Alencar da Silveira, lavrou a seguinte ementa:

"EMBARGOS. ROUBO PERPETRADO APÓS ABANDONO DE POSTO. COMPETÊNCIA. QUALIFICADORA.

Pratica o crime de roubo qualificado, previsto no art. 242, § 2º, inc. I, do CPM, o militar escalado para o serviço de guarda do Quartel que abandona o posto e, incontinenti, rouba o carro de um civil, ameaçando-o com o fuzil 7.62 mm acautelado para tirar o serviço.

É aplicável, ao caso, a qualificadora da violência exercida com emprego de arma.

O fuzil causou efetivo temor à vítima, impedindo qualquer reação, por acreditar no real perigo à sua integridade física, pouco importando se o armamento estava ou não carregado.

Rejeitada a preliminar de incompetência da Justiça Militar. Mantida a qualificadora do emprego de arma.

Embargos parcialmente providos somente para retificar a contagem da pena imposta no Acórdão recorrido.

Decisão majoritária".

Preferimos a primeira visão, no sentido de que o abandono de posto rompe o vínculo com o serviço. Aliás, essa também a visão exposta pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 91.658/RJ, julgado em 10 de março de 2009, sob relatoria do Ministro Cezar Peluso:

"AÇÃO PENAL. Competência. Crime de roubo. Fato praticado, com abandono de posto e arma da corporação, fora da área sujeita à administração castrense. Incompetência da Justiça Militar. Feito da competência da Justiça Comum, sem prejuízo da competência daquela para o delito de abandono de posto. HC concedido para o reconhecer. Inteligência do art. 124 da CF. Precedentes. *Ação penal por delito cometido por militar, com abandono de posto e arma da corporação, fora da área sujeita à administração castrense, não tem por objeto delito militar e, pois, é da competência da Justiça Comum, sem prejuízo da competência da Justiça Militar para o delito de abandono de posto*". (g. n.)

A propósito da agressão contra mulher, no bojo da relação conjugal etc., estando o sujeito ativo de serviço, suscitando o conflito com a Lei n. 11.340/2006, entendemos que, se o fato ocorrer no seio da relação conjugal, interior da residência, por exemplo, tratar-se-á de crime comum. Tome-se, e. g., o Sargento Comandante da Guarda que, na hora do almoço, vai até sua residência em Vila Militar no interior do Quartel, e agride sua esposa, provocando-lhe lesões corporais. Ainda que ambos militares da ativa, como expusemos na alínea *a*, tratar-se-á de crime comum. Todavia, se essa agressão for praticada fora do ambiente do lar, v. g., no refeitório da Unidade, de sorte que fragilize a hierarquia e a disciplina, haverá crime militar pela aplicação da alínea *a*, se ambos forem militares da ativa, ou da alínea *c*, se o sujeito passivo for civil ou militar inativo.

Mais uma questão em relação à condição em serviço diz respeito à sua não identidade com o fato de o militar estar fardado. Em outros termos, a lei vincula o crime militar ao fato de o militar estar em serviço, e não por estar fardado. Assim, não cometerá crime militar, por exemplo, o militar de folga que, por conveniência própria, vá fardado à casa de seu sogro e cause-lhe lesões corporais, mas cometerá crime militar, por outro enfoque, o militar que, integrante do policiamento velado, portanto em trajes civis, cause lesão corporal a uma pessoa no ato de uma abordagem.

Uma última questão relativa à expressão "em serviço" está atrelada à diferenciação da sua significação penal militar da sua compreensão para fins de infortunística. É muito comum a construção de que para fins acidentários, de

infortunística, o acidente sofrido no trajeto compreendido entre a casa e o local de trabalho, e vice-versa, está incluso na definição de acidente em serviço, ou acidente *in itinere*. No Estado de São Paulo, por exemplo, essa compreensão está expressa no Decreto n. 20.218/82. Alguns estudiosos, no entanto, buscam alargar essa compreensão para o Direito Penal Militar, de sorte que consideram crime militar a conduta praticada *in itinere*, o que se demonstra equivocado. A condição de estar em serviço em razão do itinerário deve restringir-se à seara da infortunística, não abrangendo o Direito Penal Castrense, salvo se houver adesão à função, como veremos abaixo. Busquemos dois exemplos:

1) um militar vai de sua residência para o quartel de bicicleta e no caminho esbarra em uma pessoa, causando-lhe uma fratura; a lesão provocada não será crime militar, pois não compreendida na alínea *c* do inciso II do art. 9º do CPM; diferente seria se, ainda em deslocamento para o quartel, o militar se deparasse com um roubo e, ao intervir, provocasse a lesão corporal, quando, por adesão à função, teríamos um crime militar;

2) essa compreensão de a situação *in itinere* não aproveitar ao Direito Penal Militar pode ser estendida para crimes do inciso I do art. 9º, que exijam para sua prática a condição de serviço; é o caso do delito de embriaguez, que somente se configura se o militar apresentar-se embriagado para tirar o serviço ou embriagar-se durante o serviço; portanto, um militar que se dirija ao quartel, fardado, armado e, no caminho, se embriague, não estará em prática do delito de embriaguez, capitulado no art. 202 do CPM.

A inovação da supracitada Lei n. 9.299/96 foi exatamente o acréscimo da expressão "atuando em razão da função", o que possibilita a caracterização do crime militar na alínea *c*, mesmo que ele esteja de folga, desde que aja em razão de seu ofício ou, como muito bem assinala Jorge César de Assis, em razão do *dever jurídico de agir*, o qual é conceituado pelo mestre como aquele em que o policial militar, de folga, "comete o fato delituoso por ter-se colocado em serviço, intervindo numa situação de flagrância"**[519]**, isso por imposição legal dos arts. 301 do CPP e 243 do CPPM, dispositivos que impõem o dever de ação nos casos de flagrante delito.

Deve-se, todavia, consignar uma ressalva em relação a essa conduta

desencadeada pelo *dever jurídico de agir*. Em nosso entender, a vinculação desse dever à ação do militar deve ser clara e inequívoca. Assim, para se reconhecer a *adesão ao serviço*, não pode existir prova de que o miliciano tenha atuado por um interesse comezinho, vinculado à autodefesa ou à proteção pessoal ou patrimonial de um empregador, notadamente nos casos do exercício de atividades de segurança estranhas à Corporação. *In exemplis*, o Policial Militar que comete o delito na proteção do patrimônio de empresário, por quem foi contratado, não estará atuando em razão da imposição de um dever inerente ao cargo, mas simplesmente para manter o trabalho como segurança particular. Tampouco haverá adesão no caso do militar do Estado que defenda sua vida. Note-se que não há o exercício de um dever, mas a possibilidade de ação facultada pelo Direito nos chamados *tipos permissivos* (legítima defesa, estado de necessidade etc.). Mas mesmo em atividade extracorporação, em algumas situações, pode haver o crime militar, porém em circunstâncias diversas. Assim, por aplicação da alínea *c* do inciso II, praticará crime militar em razão do dever jurídico de ação o militar que executa atividade particular de segurança em um estabelecimento comercial e, percebendo um roubo em estabelecimento vizinho, intervém na situação buscando impedir o crime, aderindo ao serviço. Também estará em prática de delito militar, mas agora pela aplicação da alínea *a* do inciso II, o militar da ativa que, exercendo atividade de segurança privada, reage a um roubo nesse estabelecimento, e fere mortalmente o criminoso, coincidentemente também militar da ativa – alerte-se que, na nossa visão, para que este último exemplo se torne crime militar, é preciso que o sujeito ativo saiba da condição de militar da ativa do sujeito passivo.

Ressalte-se que essa discussão perde a importância se o crime doloso contra a vida for praticado contra civil ou, em qualquer delito, se a vítima for militar da ativa. No primeiro caso, haja ou não abrangência pela alínea *c*, ou seja, se crime militar ou comum, no âmbito estadual, o julgamento será de competência do Tribunal do Júri, por força do parágrafo único do art. 9º do CPM e, agora, combinado com o § 4º do art. 125 da CF. No segundo, haverá crime militar, independentemente da atividade estranha à Corporação ou da autodefesa, por força da alínea *a*, como já afirmamos.

A alínea em estudo também caracteriza o crime como militar quando praticado por militar em comissão de natureza militar – aquela que consiste em um grupo de militares destacados para atuação específica da instituição militar, a exemplo de comissão de seleção, com missão de recebimento de material bélico etc. Célio Lobão traz curiosa compreensão do STF no sentido de que um Oficial da Marinha alegou estar em comissão de natureza militar ao praticar homicídio contra sua esposa, no interior de um hotel nos Estados Unidos, porquanto era integrante de uma tripulação de contratorpedeiro. O Pretório Excelso afastou a incidência de crime militar, uma vez que o réu não se achava no exercício de sua função**[520]**. Prossegue Célio Lobão dando sua peculiar visão no sentido de que a "natureza militar da comissão exige que seja própria de integrante de instituição militar e que o agente, como resulta da decisão do Supremo Tribunal Federal, acima citada, exerça, efetivamente, a comissão de natureza militar, no momento do crime"**[521]**.

Ousamos discordar da visão do autor. Com efeito, o caso analisado não se enquadraria na alínea *c*, mas não pelo oficial não estar no exercício da comissão, e sim pelo fato de ser ele integrante de uma tripulação de contratorpedeiro que não se enquadra na definição de "comissão de natureza militar", devendo-se verificar se o militar estava de serviço ou de folga, o que era o caso. Não nos parece adequado entender que para se enquadrar na expressão em "comissão de natureza militar" deva o militar estar efetivamente no exercício, pois estaria, nessa situação, "em serviço", perdendo sentido a menção legal da expressão "comissão de natureza militar". Na verdade, aquele que está efetivamente atuando na comissão, estará em serviço, portanto, enquadrado na primeira parte da alínea *c*. A expressão "comissão de natureza militar" deve ser aplicada subsidiariamente, para casos específicos, e não quando o militar estiver efetivamente no exercício da função destinada à comissão. Imaginemos, por exemplo, uma comissão de oficiais que empreendam viagem aos Estados Unidos para, no seio de uma comissão especialmente montada para isso, estudar e apreender a tecnologia de um novo sistema de comunicação para a Polícia Militar de um Estado; caso um dos oficiais pratique uma lesão corporal na atuação da comissão, haverá crime militar por enquadrar-se na primeira parte da alínea *c*, ou seja, crime praticado por um militar em serviço; todavia, se a lesão for praticada fora da atuação da comissão, porém no curso da viagem, ou

mesmo nos Estados Unidos, mas no período de repouso do oficial (não na função da comissão), o fato também será crime militar, mas agora em razão da expressão "comissão de natureza militar".

Finalmente, a alínea *c* considera o crime militar quando praticado por militar em formatura. O militar, em suas atividades cotidianas, nem sempre estará no desempenho da função que a ele foi designada profissionalmente pela instituição militar, devendo também fazer parte de um culto tradicional a um ritual militar chamado formatura. Formatura pode ser traduzida como a reunião de militares, devidamente comandados e em disposição definida no terreno, em que se presta homenagem, de acordo com cerimonial preestabelecido, a alguma pessoa ou fato. Assim, o "conceito de formatura", como lembra Célio Lobão, "abrange os desfiles militares, os treinamentos para esses desfiles etc."**[522]**. Por exemplo, o militar que, integrando efetivo da formatura do Dia da Pátria, não sendo seu dia regular de serviço, pratica lesões corporais em uma pessoa.

Acerca do conflito aparente entre o Código Penal Militar e o Código de Trânsito Brasileiro, já consignamos nossa visão quando dos comentários à alínea *a*, para onde remetemos o leitor. Cabe aqui uma única observação no sentido de frisar que a alínea em estudo menciona a condição "em serviço" e não com "viatura militar". Assim, para aqueles que entendem haver a prevalência do CPM, que não é nosso caso, é preciso lembrar que um militar pode estar com viatura mas não estar de serviço, por tê-la, por exemplo, furtado para utilizar e restituir logo após (fato que pode ser subsumido no art. 241 do CPM – furto de uso). Por outro lado, é possível que um militar do Estado, ao acompanhar alguém que tenha praticado um crime, utilizando-se o militar de um veículo particular que requisitou, estará em serviço, com um veículo automotor que não se trata de viatura militar.

Alínea "d" do inciso II do art. 9º do CPM. A alínea *d* do inciso II do art. 9º dispõe que se configura crime militar o praticado "por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil", configurando-se em crime militar pelo critério *ratione temporis*.

Iniciamos consignando o entendimento de Célio Lobão de que essa alínea contém uma espécie do gênero "serviço", o que a remeteria instantaneamente para a previsão da alínea anterior**[523]**. É possível, todavia, imaginar uma situação em que *serviço* não se confunde com *período de manobras ou exercício*. O período de manobras ou exercício deve ser entendido como o espaço temporal compreendido entre o aprontamento da tropa até sua liberação.

Muito comum, sobretudo nas Forças Armadas, a execução de manobras ou exercícios táticos para adestramento da tropa, a exemplo dos acampamentos em campos de tiro, para a busca da excelência da tropa de Artilharia, a *ultima ratio regis*. Nesses casos, obviamente durante o desenvolvimento do exercício propriamente dito, estarão os militares envolvidos em serviço, sendo correta a linha postulada por Célio Lobão. Todavia, com o cair da noite e o encerramento dos trabalhos, é possível que o comandante do acampamento libere parte de seu efetivo para espairecer em um vilarejo próximo, o que os excluirá da condição de serviço, remanescendo, porém, a condição de estarem em período de exercício. A nossa compreensão, nesse ponto, muito se aproxima da distinção das expressões "em serviço" e "comissão de natureza militar", que fizemos na alínea anterior.

Também nesta alínea verificamos como sujeito ativo a figura do militar em situação de atividade, ao passo que no polo passivo poderá estar qualquer pessoa, exceto militar da ativa, quando se aplicaria a alínea *a*.

Por "manobra" deve-se compreender "qualquer movimentação da unidade militar, destinada ao treinamento, a ocupar posições em estado de sítio, de defesa, perturbação da ordem pública" etc. "Exercício" é atividade destinada ao preparo físico do militar, ao treinamento militar, ao treinamento militar da tropa, incluindo a utilização de aparelhamento bélico etc.**[524]**.

A propósito da agressão contra mulher, no bojo da relação conjugal etc., estando o sujeito ativo em período de exercício ou manobra, suscitando o conflito com a Lei n. 11.340/2006, entendemos que, se o fato ocorrer no interior do quarto de hotel, por exemplo, o Oficial de Comissão de Seleção itinerante que levou a esposa consigo e se hospedou em um hotel, ainda que ambos militares da ativa, como expusemos na alínea *a*, tratar-se-á de crime comum. Todavia, se

essa agressão for praticada fora do ambiente do lar, por exemplo, no refeitório da Unidade, de sorte que fragilize a hierarquia e a disciplina, haverá crime militar pela aplicação da alínea *a*, se ambos forem militares da ativa, ou da alínea *d*, se o sujeito passivo for civil ou militar inativo.

Acerca do conflito aparente entre o Código Penal Militar e o Código de Trânsito Brasileiro, já consignamos nossa visão quando dos comentários à alínea *a*, para onde remetemos o leitor.

Alínea "e" do inciso II do art. 9º do CPM. Por derradeiro[525], a alínea *e* do inciso II do art. 9º dispõe que será crime militar o praticado "por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar", configurando-se em crime militar pelo critério *ratione materiae*.

Também se tem o militar da ativa como sujeito ativo, e como sujeito passivo a Administração Militar, lesada em seu patrimônio ou em sua ordem administrativa. Frise-se que, para que o crime seja subsumido na alínea *e* do inciso II do art. 9º, não poderá ter como sujeito passivo uma pessoa natural.

O patrimônio sob a Administração Militar abrange, além dos bens pertencentes à Força Militar, os de propriedade de pessoas naturais e jurídicas que, por alguma razão, encontram-se sob responsabilidade da Administração Militar. Obviamente aqui não se enquadram os bens de entidades civis, ainda que compostas por militares (e. g., clubes, associações, cooperativas etc.)[526].

Por ordem administrativa militar deve-se entender a própria harmonia da instituição, abrangendo sua administração, o decoro de seus integrantes etc. Assim, delitos contra a ordem administrativa militar são "as infrações que atingem a organização, existência e finalidade da instituição, bem como o prestígio moral da administração"[527].

Como exemplo dessa alínea tome-se o policial militar, de folga, que, passando defronte a uma viatura de policiamento estacionada ao lado de uma base comunitária, decide, por insatisfação salarial ou outra motivação, danificar o veículo oficial com um bloco de concreto.

Muitos enquadram os crimes contra a Administração Militar em uma das alíneas anteriores, quando, na verdade, o enquadramento deveria ser neste dispositivo. Exemplificativamente, quando um Policial Militar de serviço exige vantagem indevida de um civil, há uma forte tendência em subsumir o fato na alínea *c* do inciso II, o que se torna impossível, pois o civil não é sujeito passivo do crime de concussão (art. 305 do CPM), e sim a Administração Militar. Essa visão, note-se, também influencia, nas Justiças Militares Estaduais, a competência de julgamento nos termos da inovação do juízo monocrático, trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, podendo-se afirmar que os crimes contra a Administração Militar, por não serem crimes militares contra civil, são de competência de julgamento dos Conselhos de Justiça, e não do Juiz de Direito, de forma monocrática.

Essa questão, note-se, já está relativamente pacificada no Estado de São Paulo. O Tribunal de Justiça Militar, acerca do assunto, lavrou o seguinte acórdão:

"Prevalência da Administração como sujeito passivo dos ilícitos penais militares contra ela praticados, ainda que de forma concomitante, ou secundária, civis também figurem como sujeitos passivos desses crimes. A interpretação do artigo 125, § 5º, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n. 45, é de que os julgamentos dos denominados 'Crimes contra a Administração Militar' devem continuar a ser realizados pelos Conselhos de Justiça" (Ap. 005407/05, Proc. n. 037408/03, 4ª Auditoria, rel. Cel. Fernando Pereira, j. 20-9-2005, 1ª Câmara, decisão unânime).

Em outra ocasião, a Primeira Câmara do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo seguiu a mesma compreensão, anulando outro julgado oriundo da 4ª Auditoria (Ap. 005406/05, Proc. n. 034632/03, rel. Evanir Ferreira Castilho, j. 5-7-2005, 1ª Câmara, decisão unânime), sob o argumento da necessidade de foco no bem jurídico afetado.

Assim dispôs o r. Acórdão:

"Neste passo, urge enfocar-se o BEM JURÍDICO lesado ou ameaçado, pelo tipo penal.

No caso em estudo, trata-se da ADMINISTRAÇÃO MILITAR, a nosso entendimento. Reflexamente, um civil, uma pessoa jurídica (empresa de loteamento), poderia ser apontada como lesado, ou mesmo PREJUDICADO.

Assim, forçoso é convir que, em sendo o BEM JURÍDICO lesado a ADMINISTRAÇÃO MILITAR, inclusive a função pública do CONCUSSIONÁRIO, o interesse protegido não é o do civil, que nem mesmo teve seu patrimônio ameaçado, em tese.

Fixa-se a competência pelo interesse ou BEM JURÍDICO protegido pelo tipo penal: A ADMINISTRAÇÃO MILITAR, não obstante figurar no polo passivo uma empresa, uma pessoa física, ou um civil".

Outro exemplo interessante afeto à alínea *e* está no crime capitulado no art. 178 do CPM, que trata da fuga de preso ou internado. Há o entendimento majoritário, imposto pela Súmula 75 do STJ, de que tal crime somente seria militar se o fato afetasse a Administração Militar, porquanto, nos termos do enunciado, "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o Policial Militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal", restringindo-se o crime do art. 178, portanto, a fatos ocorridos em estabelecimento penal militar ou no curso de uma escolta militar, já que só assim afetariam a ordem administrativa militar. Essa visão, ressalte-se, parece encontrar lugar comum na prática judiciária militar. No Estado de São Paulo, por exemplo, nos Feitos n. 28.196/00 (1ª Auditoria de Justiça Militar), 28.3596/00 (2ª Auditoria de Justiça Militar), 29.163/01 (3ª Auditoria de Justiça Militar) e 35.744/03 (4ª Auditoria de Justiça Militar), embora fosse instaurado procedimento de polícia judiciária militar para apurar facilitação de fuga em presídio comum, os autos, em todos os casos, foram remetidos à Justiça Comum.

Frise-se que se o fato encontrar-se subsumido na alínea *e*, não haverá conflito com o Código de Trânsito nem com a "Lei Maria da Penha" (Lei n. 11.340/2006), visto que os delitos aqui enquadrados não terão pessoa natural, como já dito, como sujeito passivo.

Duas observações parecem ser convenientes com o fim do estudo da última alínea do inciso II do art. 9º:

1) havia ainda no CPM a alínea *f*, que considerava tratar-se de crime militar o fato praticado com o emprego de armamento ou de material bélico, dispositivo não mais em vigor por expressa revogação trazida pela Lei n. 9.299/96;

2) há crimes que poderão ser considerados militares pela aplicação alternativa de todas as alíneas; como exemplo, o crime de furto (art. 240 do CPM), que será crime militar quando praticado por militar da ativa contra militar na mesma situação, ainda que fora de lugar sujeito à Administração Militar (alínea *a* do inciso II do art. 9º), quando praticado por militar da ativa, ainda que de folga, contra um civil, mas no interior do quartel (alínea *b* do inciso II do art. 9º), por um militar de serviço, sem atuar em razão da função ou prevalecendo-se de facilidade por ela trazida, para que não se configure o peculato (alínea *c* do inciso II do art. 9º); por um militar em período de manobra ou exercício, sem atuar em razão da função ou prevalecendo-se de facilidade por ela trazida, para que não se configure o peculato (alínea *d* do inciso II do art. 9º); por um militar da ativa contra o patrimônio sob a Administração Militar, sem atuar em razão da função ou prevalecendo-se de facilidade por ela trazida, para que não se configure o peculato – exemplo, um militar que, durante a noite, pula o muro do quartel, sem ser visto, ingressa na reserva de armas e subtrai uma arma pertencente à instituição militar (alínea *e* do inciso II do art. 9º).

Inciso III do art. 9º do CPM. Passemos agora ao estudo do inciso III do art. 9º do CPM.

Consigna este inciso que também são crimes militares em tempo de paz os "praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II"**[528]**, e passa a arrolar as alíneas definidoras das condições exigidas.

Primeiro, vamos entender o texto do inciso III, iniciando pela compreensão de militar da reserva e reformado, com a advertência de que, como já discorremos no estudo da interpretação e integração da lei penal militar

e na alínea *a* do inciso II do art. 9º, o agregado não está abrangido pelo inciso em apreço, devendo ser considerado militar da ativa.

O § 1º do art. 3º do Estatuto dos Militares (Lei n. 6.880, de 9-12-1980) expõe que os militares federais podem encontrar-se na ativa – abrangendo os militares de carreira, os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos, os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados, os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva, e, em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas – ou na inatividade –, abrangendo os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização, os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores estejam dispensados, definitivamente, da prestação de serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União.

Assim, poderíamos ter os militares da reserva e reformados como conceitos opostos aos militares da ativa, ou seja, militares inativos. Urge, então, diferenciar o militar da reserva do militar reformado.

Militar reformado é aquele que, deixando o serviço ativo, não mais poderá ser revertido regularmente a este. Como parâmetro, além do já citado Estatuto dos Militares, tome-se o art. 27 do Decreto-Lei n. 260, de 29 de maio de 1970, do Estado de São Paulo, que dispõe que reforma "é a situação do policial militar definitivamente desligado do serviço ativo. O Oficial é reformado *ex officio* e Praça, a pedido e *ex officio"*. Podemos citar como exemplo de reformado, o oficial da ativa que sofre um acidente que o torne incapaz definitivamente para o serviço militar.

A condição de militar da reserva possui duas possibilidades: reserva remunerada e reserva não remunerada.

Militar da reserva remunerada é aquele que, também deixando o serviço ativo, não o faz de forma definitiva, podendo haver sua reversão,

convocação ou mobilização. No Estado de São Paulo há uma curiosa realidade não verificada para os militares federais e para as demais Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, qual seja, o fato de somente o oficial poder ingressar na reserva, remunerada ou não, porquanto a praça apenas é inativada pelo ato de reforma. É o que se extrai do art. 16 do Decreto-Lei n. 260/70, que dispõe que "Reserva é a situação da inatividade do Oficial sujeito à reversão ao serviço ativo, podendo ser a pedido ou *ex officio"*. Note-se que o dispositivo menciona apenas o oficial, e não a praça. Exemplificativamente, ingressa na reserva remunerada o oficial que completar seu tempo de serviço e pedir sua inativação ou o Oficial que, na ativa, e após ser agregado para concorrer a cargo eletivo, possuindo mais de dez anos de serviço (art. 14 da CF), seja diplomado em cargo eletivo (art. 52, *b*, do Estatuto dos Militares, que fala na eleição como ato gerador da reserva remunerada, e não só para oficial, mas para o militar em geral), percebendo remuneração proporcional ao seu tempo na instituição militar de forma cumulativa à remuneração de parlamentar, possibilidade verificada no § 11 do art. 40 da CF.

No âmbito da Polícia Militar do Estado de São Paulo, a reserva não remunerada consiste na inativação do militar – apenas para o oficial – por ato que corte seu vínculo com a instituição, não podendo haver sua reversão ao serviço ativo. Como exemplo, o oficial que tome posse em cargo público de natureza civil e de provimento definitivo ou aquele que peça exoneração. Nesses casos, o oficial ainda deterá o posto e a patente, porém apenas para efeito simbólico, por exemplo, para honras e continências.

Nas Forças Armadas, no entanto, a compreensão é diversa.

No Estatuto dos Militares há menção expressa a reserva não remunerada, por exemplo, o oficial da ativa que passar a exercer cargo ou emprego público permanente estranho à sua carreira (art. 117). Contudo, a letra *b* do inciso I do art. 4º do Estatuto traz uma condição individual de reserva das Forças Armadas, obviamente não remunerada, para todos os cidadãos em condições de convocação ou de mobilização para a ativa. Assim, podemos dizer que a reserva não remunerada para as Forças Armadas possui uma abrangência maior, e, por razões óbvias, atingindo o cidadão comum. Mais ainda, essa reserva

não remunerada é convocável e mobilizável.

Feita a distinção, pode-se afirmar que os reformados podem figurar como sujeito ativo, nos termos do inciso III, mas essa compreensão não é tão tranquila em relação ao militar da reserva.

Como se denota da leitura do inciso III, a lei penal militar não faz distinção entre reserva remunerada e não remunerada, donde surge a indagação se ambos poderiam ser sujeito ativo, na condição de militar, nos termos do inciso em estudo.

Como já defendíamos na primeira edição desta obra, entendemos, inadequada a aplicação deste inciso aos militares da reserva não remunerada. Parece-nos um tanto quanto exagerado prender em flagrante, por desacato a superior (art. 298 do CPM), por exemplo, um militar que pediu exoneração dos quadros de uma instituição militar. Mais bizarra ainda a situação se considerarmos que o sujeito ativo tenha tomado posse em outro cargo público, como o de Procurador do Estado. Ora, se o Direito Penal Militar busca manter a regularidade das instituições militares, deve restringir-se aos casos em que, potencialmente, essa regularidade possa ser afrontada. Aquele que não possui sequer vínculo pecuniário com a instituição está inócuo, sem possibilidade de lesar, por exemplo, a disciplina dos quartéis; mesmo que tente fazê-lo, o Código Penal comum possui instrumentos para a sua responsabilização (v. g., o crime de desacato – art. 331 do CP). Poderá, eventualmente, responder por delito militar, sendo, porém, visto como civil. Nessa construção há de se acrescentar que o militar da reserva não remunerada nem sequer está sujeito à disciplina militar, por força do Regulamento Disciplinar, sendo uma incongruência impor-lhe a intervenção penal, mais gravosa, na condição específica de militar inativo. Como último argumento, se considerarmos o militar da reserva não remunerada enquadrado na palavra "reserva", para figurar como sujeito ativo do delito, estaremos enquadrando nessa condição todos os cidadãos em condições de serem convocados ou mobilizados, pois, nos termos do art. 4º do Estatuto dos Militares, como vimos, estes integram a reserva individual das Forças Armadas.

Ainda a respeito desse tema – reserva e reformado praticando crime militar – há o peculiar entendimento de Célio Lobão, para quem a lei equiparou o

militar inativo ao civil, de sorte que o inativo, como o civil, não praticaria certos crimes militares, a exemplo do crime de violência contra superior, pois, se o civil não tem superior, por equiparação legal, o militar inativo também não o teria. Diz o autor:

"O inciso III menciona, ao lado do civil, o militar da reserva e o reformado, que são civis, para efeito de aplicação do Código Penal castrense, pois não estão incorporados às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares. Como exceção, o militar da reserva convocado para o serviço ativo adquire a condição de militar"**[529]**.

A visão do autor tem sido acompanhada em alguns julgados, como o caso do já citado Recurso em *Habeas Corpus* n. 21.701/SP, julgado em 4 de junho de 2008, sob relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, que, em resumo, equiparou um advogado, militar reformado, a civil, entendendo que não houve prática de crime militar.

Não é essa a nossa compreensão, no entanto. Como se percebe, o inciso III possibilita a prática de crime militar por inativo tanto nos casos de crimes enquadrados no inciso I como no inciso II, ficando a restrição da sujeição ativa a cargo do tipo penal específico, na Parte Especial. Assim, um inativo pode praticar o crime militar de homicídio (crime abrangido pelo inciso II do art. 9º, pois tem semelhante definição nas leis penais comum e militar), desde que preenchida uma das alíneas do inciso III, já que o tipo penal não restringe a sujeição ativa. Também pode praticar o crime de violência contra superior (crime abrangido pelo inciso I do art. 9º, pois não possui semelhante definição na lei penal comum), uma vez que o art. 157 do CPM, ao definir o delito, embora restrinja a sujeição ativa ao subordinado, estabelece que pode ser praticado pelo inativo, que possui superior hierárquico (não o funcional).

Em alguns casos, no entanto, o tipo penal na Parte Especial restringe a sujeição ativa a ponto de excluir o inativo. Assim o caso dos crimes que possuam a palavra "militar" grafada no tipo penal, como a deserção do art. 187 do CPM, que por interpretação do art. 22 do CPM, como já dissemos, refere-se apenas ao militar da ativa, podendo apenas o inativo figurar como sujeito ativo nos casos de concurso de pessoas (art. 53, § 1º, do CPM), ou quando equiparado a militar da

ativa (art. 12 do CPM). Também se afiguram nesse caso os crimes que possuam a palavra "comandante", como o caso do crime de omissão de socorro (art. 201 do CPM), já que o inativo não pode estar no desempenho de comando.

Essa visão, note-se, na esfera estadual torna-se muito importante, porquanto, como veremos a seguir, há o entendimento dominante de que o civil não comete crime militar na esfera estadual, de sorte que em uma equiparação legal absoluta, como quer Célio Lobão, poder-se-ia afirmar que o inativo não comete crime militar na esfera estadual. Não concordamos, ressalte-se mais uma vez, com essa visão, devendo a equiparação ocorrer apenas para a prática de crime militar pelo inativo pela exceção, entenda-se, nas circunstâncias das alíneas do inciso III.

Divergindo do STJ (*vide* julgado supracitado), no Estado de São Paulo entende-se perfeitamente possível a prática de crime militar por inativo, sem a equiparação plena a um civil. Como exemplo, além do acórdão do TJMSP atacado pelo Recurso em *Habeas Corpus* apreciado pelo STJ, tome-se o caso, também já mencionado quando tratamos da aplicação da lei penal em relação às pessoas, de um soldado PM reformado, ocupante do cargo de vereador, que foi preso em flagrante delito pela prática de delito capitulado no art. 298 do CPM (desacato a superior), por ter, em tese, proferido palavras com o intuito de menoscabar superior hierárquico (Auto de Prisão em Flagrante Delito n. 17BPMI-023/12/05). Embora tenha restado condenação pelo crime do art. 299 do CPM (desacato a militar de serviço), o Ministério Público, entendendo existirem indícios delitivos, oferecera a denúncia, devidamente recebida pelo douto Juiz de Direito da Terceira Auditoria de Justiça Militar Estadual, em 28 de novembro de 2005, pelo crime de desacato a superior, demonstrando-se, primeiro, que inativo, na visão paulista, possui superior, e, segundo, que não é ele equiparado plenamente a civil, de sorte a não poder cometer crime militar na esfera estadual (Proc. n. 43.274/05, 3ª Auditoria).

O mesmo ocorre no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. No já citado Processo de Competência Originária n. 15 (Proc. n. 24.102, 3ª Auditoria da Justiça Militar), julgado em 31 de outubro de 2007, sob relatoria do Juiz Fernando Galvão da Rocha, decidiu-se:

"O artigo 9º, em seu inciso II, alíneas 'b' e 'c', bem como em seu inciso III, do Código Penal Militar, ao definir o crime militar faz expressa referência ao 'militar da reserva' e ao 'civil', de modo a *deixar claro que as situações jurídicas não se confundem. Se o militar da reserva fosse considerado civil, para os fins do Direito Penal Militar, os dispositivos legais não lhe fariam qualquer referência, e a previsão normativa referir-se-ia apenas ao civil*. Não se pode entender que na lei existam palavras inúteis. Se a própria lei faz distinção entre o 'militar da reserva' e o 'civil' é porque tais situações jurídicas são distintas e não se pode confundi-las. Pondo fim à questão, o art. 13 do CPM deixa claro que o militar da reserva submete-se, na condição de militar, aos efeitos da lei penal militar. *Portanto, o militar da reserva é militar e não pode ser considerado civil para os efeitos da aplicação da lei penal* (...)". (g. n.)

No Superior Tribunal Militar também há, acertadamente, a visão de que o inativo pode cometer crime militar sem a plena equiparação a civil. Na Apelação n. 2007.01.050806-6/PR, julgada em 18 de novembro de 2008, sob relatoria do Ministro José Coelho Ferreira, cujo sujeito ativo foi um sargento reformado do Exército, decidiu-se:

"*EMENTA*: APELAÇÃO. CRIMES DE DESRESPEITO A SUPERIOR (ART. 160, *CAPUT*, DO CPM), DE ATO OBSCENO (ART. 238, *CAPUT*, DO CPM) E DE DESACATO A MILITAR (ART. 299 DO CPM). CONDENAÇÃO COM O BENEFÍCIO DO *SURSIS*. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA (RETROATIVA).

I – Sentença condenatória, da qual apenas a defesa recorreu da condenação de 3 (três) meses de detenção pelo delito de desrespeito a superior, 3 (três) meses de detenção para o crime de ato obsceno e 6 (seis) meses de detenção para o delito de desacato a militar, com a fixação da pena definitiva em 8 (oito) meses de detenção.

II – Pela sistemática da legislação penal militar, para as penas inferiores a 1 (um) ano, a prescrição opera-se em 2 (dois) anos e deve ser observada para cada crime, isoladamente.

III – Extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, retroativa, considerada a pena *in concreto*, tendo em vista o transcurso de prazo superior a dois anos entre a última causa interruptiva da prescrição e a Sentença Condenatória. Inteligência do art. 125, VII, §§ 1º e 3º, tudo do CPM.

Preliminar de extinção da punibilidade acolhida. Decisão por maioria".

Note-se que a decisão em foco, apesar de discutir a extinção da punibilidade em razão da prescrição, nada versa sobre o cometimento de crime de desrespeito a superior, donde conclui-se ser essa possibilidade viável na visão do E. Superior Tribunal Militar, ao menos de forma majoritária.

Encerrando a compreensão do militar da reserva e do reformado, pedimos vênia, mais uma vez, para resumir nosso entendimento.

Deve-se ter em mente que o inativo pode cometer crime militar nas seguintes situações:

1) como militar inativo (aplicação do inciso III do art. 9º do CPM) – hipótese restrita aos reformados e aos militares da reserva remunerada, uma vez que os da reserva não remunerada devem ser considerados civis, praticando crimes militares apenas nas situações em que os civis também o praticam; nessa situação, há que se complementar a tipicidade pelas alíneas do inciso III, ainda a serem estudadas, bem como o ato deve pretender agredir as instituições militares, o que comentaremos abaixo; nessa condição, por previsão expressa do inciso III, o inativo pode cometer os crimes militares enquadrados no inciso I e no inciso II, apenas podendo ser restrita a sujeição ativa por previsão do tipo penal incriminador na Parte Especial, como ocorre com o delito de motim (art. 149 do CPM), que exige militares da ativa para sua prática, por interpretação do art. 22, também do CPM;

2) como militar da ativa (aplicação dos arts. 12 e 53, § 1º, do CPM) – em algumas circunstâncias o militar inativo praticará crime militar como se da ativa fosse, não se utilizando mais o inciso III do art. 9º, e sim os incisos I e II do mesmo artigo, aplicados, em regra, aos militares da ativa; são os casos de comunicação das circunstâncias pessoais elementares do tipo penal (art. 53, §

1º, do CPM) e da equiparação a militar da ativa pelo emprego na Administração Militar (art. 12 do CPM); nesses casos, não há restrição do sujeito ativo em função da condição de militar inativo, pois serão eles considerados militares da ativa, podendo, por exemplo, praticar pederastia (art. 235 do CPM), que exige a presença de militar da ativa para tanto.

Prossigamos na análise do inciso III, focando o civil na prática de crime militar. Deve-se frisar, inicialmente, que a Justiça Militar Estadual, por força do § 4º do art. 125 da CF, não tem competência para julgar civis, o que não ocorre no âmbito federal, já que o art. 124 não restringe os jurisdicionados da Justiça Militar da União. Assim, surge um problema: na esfera estadual, o civil comete crime militar?

Postulam alguns autores, a exemplo de Milton Morassi do Prado, em artigo muito bem acurado**[530]**, que o civil, em verdade, comete o crime militar na esfera estadual, porquanto não há singular dispositivo que diga em sentido oposto, havendo, tão somente, a restrição da competência de julgamento. Por essa visão, o civil cometeria o crime militar, podendo inclusive ser indiciado em inquérito policial militar, devendo ser julgado, à luz do CPM, pela Justiça Comum Estadual, que possui competência residual no sistema de distribuição de competências grafado pela Lei Maior.

Respeitando a simétrica construção do autor, ousamos dele discordar. A compreensão de que o fato praticado por civil é típico para o Código Penal Militar, porém não reprimido por um óbice processual, é vertente perigosa que levaria a um claro de punibilidade inaceitável. Tome-se como exemplo um homicídio praticado contra um Policial Militar por um civil, que, dentro das circunstâncias exigidas pelo inciso III do art. 9º, com a participação de outro Policial Militar, traria um vácuo de punibilidade incompreensível. Observe-se que o civil, na esfera estadual, praticaria o delito, porém não poderia ser julgado pela Justiça Militar Estadual, pela previsão do art. 125, § 4º, da CF. Também não poderia, é de notar, o crime ser apreciado pela Justiça Comum, nem pela Justiça Militar Federal, pois, no primeiro caso, não possui, à exceção dos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, como veremos, competência a Justiça Comum para processar e julgar crimes militares, ao mesmo passo que,

no segundo caso, a Justiça Militar Federal possui competência para julgar delitos militares que atinjam bens jurídicos afetos às Forças Armadas, o que não nos parece ter acontecido no exemplo em estudo. Em conclusão, nessa compreensão, seria o militar considerado partícipe de homicídio, sem que o civil, verdadeiro executor do crime, sofresse as consequências penais de seu ato, tornando-se também impossível a condenação pela participação, dada a sua acessoriedade.

Em face do problema apresentado, portanto, a solução mais viável seria trabalhar a questão no campo da tipicidade, entendendo que os tipos penais militares, quando analisados sob o prisma estadual, não admitem a sujeição ativa, mesmo em concurso, de civis. Disso se depreende apenas que não há tipicidade no Código Penal Militar, o que não impede que a conduta do civil seja subsumida por um tipo penal comum.

Em conclusão, para nós, mais uma vez com a vênia do autor supracitado, o civil não pratica crime militar na esfera estadual, o que parece ser a orientação trazida pela Súmula 53 do STJ, que dispõe que "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais". Para alguns, a Súmula não diz claramente que o civil não comete crime militar na esfera estadual, o que reforçaria a corrente de Milton Morassi. Contudo, há que se notar que o enunciado menciona a expressão "crime contra as instituições militares", e não "crime *militar* contra as instituições militares", levando à conclusão de que o Superior Tribunal de Justiça entendeu tratar-se de crime comum.

Essa, ressalte-se, parece também ser a visão do Supremo Tribunal Federal.

No *Habeas Corpus* n. 70604/SP, julgado em 10 de maio de 1994, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, assim se decidiu:

"*Ementa*: *HABEAS CORPUS* – CRIME COMETIDO POR CIVIL CONTRA O PATRIMÔNIO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL (CF, ART. 125, PAR. 4º) – PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL – NULIDADE DOS ATOS

DECISÓRIOS PROFERIDOS PELA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO - PEDIDO DEFERIDO. A Justiça Militar estadual não dispõe de competência penal para processar e julgar civil que tenha sido denunciado pela prática de crime contra a Polícia Militar do Estado. Qualquer tentativa de submeter os réus civis a procedimentos penais-persecutórios instaurados perante órgãos da Justiça Militar estadual representa, no contexto de nosso sistema jurídico, clara violação ao princípio constitucional do juiz natural (CF, art. 5º, LIII). A Constituição Federal, ao definir a competência penal da Justiça Militar dos Estados-membros, delimitou o âmbito de incidência do seu exercício, impondo, para efeito de sua configuração, o concurso necessário de dois requisitos: um, de ordem objetiva (a prática de crime militar definido em lei) e outro, de índole subjetiva (a qualificação do agente como policial militar ou como bombeiro militar). A competência constitucional da Justiça Militar estadual, portanto, sendo de direito estrito, estende-se, tão somente, aos integrantes da Polícia Militar ou dos Corpos de Bombeiros Militares que hajam cometido delito de natureza militar".

Vide ainda o *Habeas Corpus* n. 80163/MG, julgado em 8 de agosto de 2000, tendo por relator o Ministro Octavio Gallotti, em que a Primeira Turma do Pretório Excelso decidiu:

"*EMENTA*: Incompetência da Justiça Militar Estadual para o processo e julgamento de civil (C.F., art. 125, § 4º), mesmo quando enquadrável como crime militar o fato que lhe é atribuído. *Habeas corpus* deferido".

Mais recentemente, no *Habeas Corpus* n. 85725/RO, julgado em 21 de novembro de 2006, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, a Segunda Turma do STF decidiu:

"*EMENTA*: 'HABEAS CORPUS' – IMPETRAÇÃO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA – POSSIBILIDADE – LEI DE ORGA-NIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE RONDÔNIA (LC N. 94/93) – AM-PLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUIZ DE DIREITO TITULAR DE VARA DE AUDITORIA MILITAR, PARA, NELA, INCLUIR A ATRIBUIÇÃO DE PRO-CESSAR E JULGAR 'FEITOS CRIMINAIS GENÉRICOS' – ALEGADA OFENSA, POR REFERIDO DIPLOMA LEGISLATIVO, AO POSTULADO DO JUIZ NATURAL – INOCORRÊNCIA – PEDIDO

INDEFERIDO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a possibilidade de o representante do Ministério Público, embora com atuação no primeiro grau de jurisdição, ajuizar, em nome do 'Parquet', ação originária de 'habeas corpus' perante esta Suprema Corte ou junto a qualquer outro Tribunal judiciário. Precedentes. A LC n. 94/93 do Estado de Rondônia – que instituiu, nessa unidade da Federação, a respectiva Lei de Organização Judiciária – não transgride o postulado constitucional do juiz natural, revelando-se legítima no ponto em que defere, ao Juiz estadual que desempenha funções próprias da Vara de Auditoria Militar, a prática de outras atribuições jurisdicionais, *inclusive o exercício da competência penal em face de réu civil acusado de suposto cometimento de crime desvestido de natureza militar*. Esse diploma legislativo, na realidade, limitou-se a atribuir, ao titular da Vara de Auditoria Militar da comarca de Porto Velho/RO – que é magistrado estadual –, o exercício cumulativo tanto de funções peculiares à Justiça Militar local (CF, art. 125, § 4º) quanto de atribuições jurisdicionais próprias da Justiça Comum estadual. Precedentes". (g. n.)

Também predomina na doutrina a visão de que não é possível o cometimento de crime militar, no âmbito estadual, por um não militar. Por todos, *vide* o que aduz, com muita propriedade, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa:

"Por razões que não se justificam, não passando de um mero preconceito, mas estabelecida de forma expressa na Constituição Federal, o que leva em algumas situações a impunidade, se um civil praticar um crime militar contra uma Instituição Militar Estadual, não será julgado perante a Justiça Militar Estadual, mas perante a Justiça Comum, caso exista uma correspondência entre o ilícito previsto no Código Penal Militar com os ilícitos previstos no Código Penal Brasileiro. Se não existir esta correspondência o fato será atípico e a pessoa ficará isenta de pena"**[531]**.

Adicionalmente à discussão acima exposta, tome-se o cuidado de lembrar que há apenas uma situação em que um não militar pode ser julgado pela Justiça Militar Castrense. Referimo-nos aos casos em que o sujeito ativo, embora militar do Estado na época do cometimento do delito militar, é desligado, por qualquer motivo (demissão, expulsão, exoneração a pedido ou *ex officio* etc.),

da Instituição em que serve, prevalecendo a competência da Justiça Militar Estadual.

Nesse sentido, *vide* o Recurso Inominado n. 06/08 (Proc. n. 46.663/07, 1ª Auditoria), da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, julgado em 3 de junho de 2008, sob relatoria do Juiz Cel. PM Clóvis Santinon, quando, de forma muito acertada, se decidiu:

"Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar a prática, em tese, de homicídio doloso (com dolo eventual) e lesão corporal, provenientes de acidente automobilístico, ocasionado por militar em atividade contra militares em idêntica situação. Não constitui óbice ao julgamento do feito por esta Justiça Castrense precedente desligamento do recorrente das fileiras da Instituição".

Finalmente, no inciso III há que se avaliar a expressão "contra as instituições militares". Como se denota da interpretação do inciso em estudo, os agentes dos crimes referidos devem com sua conduta *afrontar a própria instituição militar* a que pertencem. Não basta para a configuração do ilícito penal que o fato encontre tipificação legal (Parte Especial e Parte Geral, nas alíneas do inciso III, a serem estudadas) e o agente seja militar reformado, da reserva, ou civil. Identificamos aqui um *elemento subjetivo especial do tipo*, na espécie de *delito de intenção*, conforme já discorremos ao tratar dos tipos comissivos dolosos. Sem esse elemento, não há crime militar. *In exemplis*, um militar reformado ingressa em quartel e comete homicídio contra um soldado PM; ao ser detido, após uma busca pessoal, no bolso da camisa do militar é encontrado um cheque devolvido por falta de fundos; claramente o intento não foi matar um soldado PM, afrontando assim a segurança da Unidade e, por consequência, a própria instituição, mas "acertar as contas" com o pobre inadimplente. Por outro lado, imagine-se um reformado que, fazendo parte de um grupo guerrilheiro, ingressa em quartel do Exército e ceifa a vida de um sentinela, buscando provar aos seus correligionários que a segurança de determinadas Unidades é displicente; nesse caso, a vítima foi o Soldado *A*, mas poderia ter sido o Soldado *B*, *C*, enfim, qualquer um, porquanto o objetivo, a intenção do sujeito ativo era afrontar a própria instituição; teremos, pois, crime militar. O perspicaz estudioso notará que, pela compreensão proposta, o militar da reserva remunerada,

reformado ou o civil apenas praticarão delitos militares em condutas dolosas, que preencham esse elemento subjetivo especial do tipo, afastando-se a possibilidade de cometimento de crime militar culposo para essas pessoas.

A exigência de que a afronta à instituição militar é exigida subjetivamente para a prática de delito militar por inativo ou por civil – este na esfera federal – é evidente no Supremo Tribunal Federal na decisão proferida pela Segunda Turma, em 24 de novembro de 2009, no *Habeas Corpus* n. 99.671/DF, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie:

"*HABEAS CORPUS*. LESÃO CORPORAL CONTRA MILITAR EM SERVIÇO DE VIGILÂNCIA, GARANTIA E PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. CRIME CULPOSO. AUSÊNCIA DE INTENÇÃO DE ATINGIR INSTITUIÇÃO MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. *Não há na conduta descrita na peça acusatória qualquer intenção de o paciente atingir instituição militar*. 2. O simples fato de a vítima ser militar no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, só por si, não é suficiente para atrair a competência da Justiça Castrense. 3. Consoante já decidiu essa Suprema Corte, a tipificação da conduta de civil como crime militar *depende do 'intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado'* (CC 7.040/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 22.11.1996). No mesmo sentido HC 86.216/MG, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 24.10.2008. 4. *Habeas corpus* concedido".

Vencidos os detalhes do inciso III, vejamos agora suas alíneas, que se configurarão elemento normativo do tipo legal de crimes cometidos por inativos e civis, no âmbito federal, compondo assim uma *tipicidade indireta*.

Alínea "a" do inciso III do art. 9º do CPM. A alínea *a* dispõe que haverá crime militar por civil ou inativo quando for cometido "contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar", configurando-se em crime militar pelo critério *ratione materiae*, que não possui pessoa natural como sujeito passivo.

Como já mencionamos ao comentar a alínea *e* do inciso II do art. 9º, patrimônio sob a Administração Militar abrange, além dos bens pertencentes à Força Militar, os de propriedade de pessoas naturais e jurídicas que, por alguma razão, encontram-se sob responsabilidade da Administração Militar. Obviamente aqui não se enquadram os bens de entidades civis, ainda que compostas por militares (e. g., clubes, associações, cooperativas etc.)**[532]**. Por ordem administrativa militar deve-se entender a própria harmonia da instituição, abrangendo sua administração, o decoro de seus integrantes etc. Assim, delitos contra a ordem administrativa militar são “as infrações que atingem a organização, existência e finalidade da instituição, bem como o prestígio moral da administração”**[533]**.

Como exemplo de um crime passível de enquadramento nesta alínea, pode-se imaginar o dano causado por um militar inativo (art. 259 do CPM) a uma viatura do Corpo de Bombeiros Militar, isso com a intenção de agredir a própria instituição. Outro exemplo, agora abrangendo a ordem administrativa militar, está na facilitação de fuga de preso ou internado (art. 178 do CPM) por um inativo que, também buscando afetar a instituição militar, ingressa em um presídio militar para perpetrar o delito, promovendo a fuga.

Alínea “b” do inciso III do art. 9º do CPM. A alínea *b* dispõe que haverá crime militar por civil ou inativo quando for cometido “em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo”.

Também já definimos o que, na nossa visão, deve ser compreendido como lugar sujeito à Administração Militar, remetendo o leitor para os comentários consignados na alínea *b* do inciso II do art. 9º do CPM. Todavia, não é apenas o critério *ratione loci* que informa esta alínea; há ainda o critério *ratione personae*, devendo a conduta ser praticada contra qualquer militar da ativa (não militar em serviço, ressalte-se), ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício da função.

Relativamente tranquila, afora os problemas já aduzidos nos

comentários ao inciso III em si, a compreensão do crime militar praticado por inativo ou civil (na esfera federal, neste caso), em lugar sujeito à Administração Militar, contra um militar da ativa, ainda que não esteja investido da função, bastando apenas ser militar em situação de atividade. Quanto ao assemelhado, também mencionado na alínea em comento, já afirmamos ser ele figura extinta no Direito Penal Militar pátrio, dispensando maiores comentários.

Exemplificativamente, haveria crime militar em um homicídio praticado por militar inativo, desejando agredir a instituição militar, contra um militar da ativa, desde que praticado em lugar sujeito à Administração Militar. Não seria crime militar, no entanto, se a vítima fosse outro militar inativo ou se, ainda que praticado contra militar da ativa, o fato fosse perpetrado em uma associação de militares.

Não tão pacífica, todavia, a compreensão quando o sujeito passivo for um civil, funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar em função. Célio Lobão**[534]** vê uma impropriedade nesse ponto, porquanto quando a vítima for funcionário da Justiça Militar ou funcionário de Ministério Militar a competência será da Justiça Comum, uma vez que os bens tutelados pelo Direito Penal Militar não alcançam as hipóteses aqui evidenciadas.

Com efeito, focando a análise na sujeição passiva, a conduta passará ao largo de ferir bens jurídicos penais militares, sendo improvável que a conduta afronte a instituição militar, como exige o inciso III, assistindo razão a Célio Lobão. Ainda que se entenda que o fato, para ser subsumido pela alínea *b*, deva ser cometido em lugar sujeito à Administração Militar também nos casos de a sujeição passiva ser preenchida por civil, não nos parece haver afronta à instituição militar, já que o sujeito passivo da conduta não estará a ela vinculado.

Ademais, deve-se lembrar que com relação aos funcionários dos Ministérios Militares, que alguns poderiam alegar estarem vinculados às próprias Forças Armadas, desde o advento da Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999, houve a criação do Ministério da Defesa, não mais existindo esses funcionários, e sim funcionários do Ministério da Defesa ou do Comando de uma das Forças Armadas, não se podendo trasladar o preceito para eles dada a restrição à interpretação extensiva em Direito Penal, não razoável nesse ponto.

Alínea "c" do inciso III do art. 9º do CPM. A alínea *c* estabelece que haverá crime militar por civil ou inativo quando for cometido "contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras", configurando-se em crime militar pelo critério *ratione materiae*.

Como já dissemos, *formatura* consiste na reunião de militares, devidamente comandados e em disposição definida no terreno, em que se presta homenagem, de acordo com cerimonial preestabelecido, a alguma pessoa ou fato. Como exemplo, estará em formatura o militar integrante do efetivo montado para prestar as honras à Bandeira Nacional, no dia 19 de novembro.

Prontidão, nos termos do léxico, significa "estado de preparado para agir sem demora, conforme a ocasião exige"**[535]**, e no ambiente de caserna refere-se à condição em que o militar, geralmente aquartelado, está compondo efetivo reserva de reação a uma situação que demande a atuação específica dos militares. Como exemplo, tome-se a prontidão da Polícia Militar, permanecendo aquartelada para eventual emprego em uma greve geral.

Vigilância, também na concepção estrita do *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*, significa o "ato ou efeito de vigilar"**[536]**, tomar cuidado, ou cuidar. No meio militar, a vigilância refere-se à atividade de guarda, de cuidado específico de um ambiente ou pessoa. Note-se que a alínea *d* também consagra o serviço de vigilância, porém atrelado, num certo paralelismo, a função de natureza militar, ou, do contrário, inútil seria uma das previsões. Em outros termos, vigilância, na alínea *c*, tem uma conotação mais abrangente, atingindo qualquer atividade de vigilância, exceto aquela estritamente ligada a função de natureza militar, que estaria abrangida pela alínea *d.* Assim, o militar em vigilância de uma viatura parada em via pública, necessitando reparos, estará em vigilância nos termos da alínea em estudo, enquanto o militar em vigilância de um veículo roubado que fora localizado, por ser o serviço de vigilância atrelado a atividade precípua da Polícia Militar, por exemplo, estará abrangido pela alínea *d*, a ser estudada. Em verdade, como muito bem aduz Célio Lobão**[537]**, houve uma preocupação exagerada em aumentar o espectro de abrangência do CPM, o que poderia muito bem ser resumido em crime contra militar em serviço, que

abrangeria as alíneas *c* e *d* em sua quase totalidade.

Observação significa o "ato ou efeito de observar"[538], olhar com atenção, e nos termos aqui empregados traduz-se pelo simples acompanhamento visual de uma situação, mas sem a intenção de proteção como na vigilância, e sim com o escopo de reportar o que se observa. Como exemplo, imagine-se o caso de uma atuação real do Exército – em um conflito interno, para não chegarmos ao exemplo em guerra, quando o art. 9º seria descartado – em que fosse utilizada, por qualquer razão, a figura do observador avançado de Artilharia, cuja função nada tem com o critério de proteção de algo ou de alguém, mas apenas visa fornecer informações para o ajuste dos disparos.

Exploração significa pesquisa, análise ou investigação e, nos termos empregados pela alínea, refere-se à designação de militares para o conhecimento (pesquisa) de um ambiente ainda não conhecido, ou, se conhecido, já alterado, de sorte que dados para a atuação posterior sejam colhidos com mais precisão. Estão em exploração, por exemplo, militares em patrulha de reconhecimento de um terreno para emprego posterior de tropa de infantaria.

Por *manobra*, como já dispusemos, deve-se compreender "qualquer movimentação da unidade militar, destinada ao treinamento, a ocupar posições em estado de sítio, de defesa, perturbação da ordem pública etc.

Exercício, também previsto nesta alínea, "é atividade destinada ao preparo físico do militar, ao treinamento militar, ao treinamento militar da tropa, incluindo a utilização de aparelhamento bélico etc."[539].

Acampamento e *acantonamento* são formas de estacionamento da tropa militar. Como bem aduz Jorge Alberto Romeiro, acantonamento "é a área de alojamento da tropa em local construído. Difere do acampamento, que é local de estacionamento de tropa, em barracas, no campo, e criou a expressão castrense usada para designar o direito penal militar. Do latim *castrensis*, derivado de *castra*, *orum* = acampamento. Vocábulo esse do qual se originaram, ainda, *castrametação*, arte bélica de escolher o local para o acampamento, e *castro*, castelo fortificado para defesa militar"[540]. Em resumo, portanto, quando há o estacionamento de tropa com a montagem da estrutura de barracas,

teremos o acampamento. Quando a tropa estacionar aproveitando-se de estrutura já disposta no terreno, a exemplo de um galpão abandonado, teremos o acantonamento.

Como exemplo, nesta alínea, podemos citar o militar inativo que, desejando afrontar a Instituição Militar, em pleno desfile do Dia da Pátria, 7 de setembro, ingresse em um pelotão formado e ofenda a integridade física de um militar da ativa que o integre.

Alínea "d" do inciso III do art. 9º do CPM. A alínea *d* dispõe que haverá crime militar por civil ou inativo quando for cometido, "ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior", configurando-se em crime militar pelo critério *ratione materiae*.

Função de natureza militar, para Jorge Alberto Romeiro, com base no art. 23 do Estatuto dos Militares, "é o exercício das obrigações inerentes ao cargo militar"**[541]**, devendo-se, no entanto, restringir a compreensão às atividades constitucionalmente destinadas às instituições militares, ou seja, preservação da ordem pública para as Polícias Militares, defesa civil para os Corpos de Bombeiros Militares – além de outras definidas em lei – e defesa da Pátria, dos Poderes Constituídos, e da lei e da ordem para as Forças Armadas.

Parece-nos que o serviço de vigilância aqui previsto deve guardar paralelismo com a função de natureza militar, ou seja, deve estar ligado ao desempenho do mister constitucional da instituição militar, conforme já expusemos na alínea anterior, como a vigilância de um veículo que fora roubado, agora localizado pela Polícia Militar.

Acerca do serviço de garantia e preservação da ordem pública, entendemos que tal elemento pode ser encontrado tanto nas atividades das Forças Armadas, em operações de garantia da lei e da ordem ("operações tipo polícia"), como das forças militares estaduais.

Para as Polícias Militares, a atividade de preservação da ordem

pública é uma constante, configurando-se, ao lado do policiamento ostensivo preventivo, missão precípua, nos termos do § 5º do art. 144 da CF, que possui a seguinte redação: “às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil”.

Na atual acepção, ordem pública ganha um tríplice aspecto: segurança pública, salubridade pública e tranquilidade pública. Nesse sentido, escrevendo, por exemplo, sobre o papel das Polícias Militares, muito bem expõe Álvaro Lazzarini que “a ordem pública, que elas têm por missão assegurar, definir-se-á pelo seu caráter principalmente material, cuidando de evitar desordens visíveis, isto é, só as manifestações exteriores de desordem justificam sua intervenção, como lembra, com ponderação, Jean Rivero, que, ainda, acrescenta o caráter público de sua ação em geral, ou seja, a polícia não só respeita o foro íntimo, como ainda o domicílio privado, exceto na medida em que as atividades que aí se desenrolarem tiverem efeitos externos, havendo, até mesmo, um caráter limitado nessa ação à tranquilidade, à segurança e à salubridade, tudo sem prejuízo de que, no caso particular das polícias especiais, a noção de ordem pública pode receber um conteúdo mais vasto”**[542]**. Não interessa à missão das Polícias Militares, dessarte, apenas a execução do policiamento ostensivo, incurso no conceito mais abrangente de “polícia ostensiva”, com vistas à segurança pública, mas também, *em situações específicas*, a atuação em outros setores da sociedade organizada – não só de outros órgãos policiais, assim pensamos –, de forma a garantir a não agressão à ordem pública em sua tríplice acepção. Recorramos, mais uma vez, aos exemplos hipotéticos:

1) em determinado Estado da Federação, a Polícia Civil implementou uma paralisação total de seu efetivo, de modo que nenhum registro de polícia judiciária comum possa ser feito; nesse caso, embora não integrante da fase administrativa do ciclo de polícia, a Polícia Militar, por determinação específica do Chefe do Poder Executivo, poderá assumir essa atividade em nome da preservação da ordem pública, focando o aspecto da segurança pública;

2) em determinada Capital, os motoristas de ônibus do transporte coletivo decidem por uma paralisação total que comprometerá a tranquilidade pública, levando a um incalculável prejuízo à atividade produtiva; aqui também,

em nome da preservação da ordem pública, agora focando a tranquilidade pública, a Polícia Militar poderá suprir a necessidade surgida, colocando seus integrantes na condução de ônibus do transporte público;

3) em face de uma grande epidemia de determinada doença, levando a um sensível abalo da saúde pública, os integrantes das Polícias Militares podem ser empregados, por exemplo, na eliminação de focos de irradiação da doença ou até mesmo, por seu corpo de Oficiais do Quadro de Saúde, no tratamento dos enfermos já contaminados; neste caso, estaria em foco a saúde (salubridade) pública.

Nos três exemplos supracitados, assim entendemos, o militar do Estado estará em preservação da ordem pública, por força constitucional, para fins de subsunção do fato na alínea *d* do inciso III do art. 9º do CPM.

No que se refere às Forças Armadas, como acima visto, o art. 142 da CF dispõe que podem desenvolver as operações de garantia da lei e da ordem (GLO), havendo perfeito enquadramento no disposto nesta alínea.

No que concerne à garantia da ordem administrativa ou judiciária, também previstas na alínea em estudo, entendemos que pela compreensão ampliativa dada à expressão "garantia e preservação da ordem pública", estão aquelas abrangidas por esta.

Quanto à previsão de que esse emprego deve ser por requisição legal ("legalmente requisitado para aquele fim") ou por uma ordem legal de superior ("em obediência a determinação legal superior"), parece-nos óbvio que o amparo constitucional acima demonstrado preenche esses elementos normativos.

— Os crimes militares dolosos contra a vida de civis

Ainda no estudo do art. 9º do CPM, deve-se explorar a aplicação do seu parágrafo único, acrescido pela Lei n. 9.299/96, e recentemente alterado pela Lei n. 12.432, de 29 de junho de 2011. Na redação original de 1996, o parágrafo em comento dispunha: "Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da Justiça Comum". Na atual redação, trazida pela lei de 2011, a redação conheceu pequena alteração na

seguinte ordem: “Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica”. O art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, por sua vez, traz regras para a detenção, interdição e apreensão de aeronave, inclusive prevendo a possibilidade de destruição de aeronave hostil (abate de aeronave), conforme dispõe o § 2º do mesmo artigo, com regulamentação trazida pelo Decreto Federal n. 5.144, de 16 de julho de 2004.

Para boa parte da doutrina, para não dizer sua totalidade, a Lei n. 9.299/96, ao assim dispor, apresentou, já na redação original dada ao parágrafo único, inconstitucionalidade patente, porquanto sua edição apenas suprimiu a competência da Justiça Militar, expressa no art. 124 (Justiça Militar Federal) e no § 4º do art. 125 (Justiças Militares Estaduais) da CF.

Com efeito, no que concerne ao deslocamento de competência para a Justiça Comum de julgamento dos crimes dolosos contra a vida, perpetrados contra civis, a Lei n. 9.299/96 apresentou flagrante inconstitucionalidade. O raciocínio para essa conclusão é muito singelo; basta uma simples reflexão acerca do princípio da supremacia da Constituição e da ideia de uma Constituição rígida. Nesse sentido, Alexandre de Moraes, de forma precisa e clara, argumenta que “a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a Constituição a hierarquia do sistema normativo, é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária”**[543]**. É dizer, em outros termos, que nenhuma norma infraconstitucional, pelos postulados *supra*, pode afrontar a Lei Maior; do contrário, deverá ser rechaçada por inconstitucionalidade.

No caso da Lei n. 9.299/96, o que se viu foi a materialização dessa inconstitucionalidade, uma vez que referida Lei, lei ordinária, alterou, em 1996, a competência de julgamento de crimes militares dolosos contra a vida de civis que era conferida, constitucionalmente, às Justiças Militares, relativizando e

conspurcando o *princípio do juiz natural*.

A propósito do princípio do juiz natural, dispõem respectivamente os incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Cidadã: "não haverá juízo ou tribunal de exceção" e "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". O princípio em relevo deve ser interpretado de forma plena, vedando-se "não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador"**[544]**.

É de notar nesse cenário que o texto original do parágrafo único do art. 9º, nitidamente norma de Direito Penal Militar adjetivo, em um compêndio que pretende ser de Direito Penal Militar substantivo, não excluía o crime doloso contra a vida praticado contra civil da esfera dos crimes militares.

Ora, se o crime era militar e, por previsão expressa da Lei Maior, era de competência da Justiça Militar, o deslocamento do julgamento para a Justiça Comum, materializado por lei ordinária, resultava na submissão do jurisdicionado a autoridade não competente. Interpretações diversas desta, com a devida vênia, basearam-se em quaisquer outros critérios, menos em um critério técnico-jurídico.

Malgrado a construção *supra*, ao menos no âmbito estadual, e isso com o respaldo do Excelso Pretório e do Superior Tribunal de Justiça, firmou-se posição jurisprudencial no sentido da constitucionalidade da lei, sendo a previsão em relevo aplicada em sua plenitude. Vejamos alguns julgados, extraídos de primoroso estudo elaborado por Jorge César de Assis**[545]**:

Supremo Tribunal Federal:

"Crimes dolosos contra a vida. Inquérito. Julgada medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – Adepol – contra a Lei 9.299/96, que, ao dar nova redação ao art. 82 do Código de Processo Penal Militar, determina que 'nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum'. Afastando a tese da autora de que a

apuração dos referidos crimes deveria ser feita em inquérito policial civil e não em inquérito policial militar, o Tribunal, por maioria, indeferiu a liminar por ausência de relevância na arguição de ofensa ao inciso IV do § 1º e ao § 4º do art. 144 da CF, que atribuem às polícias federal e civil o exercício das funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Considerou-se que o dispositivo impugnado não impede a instauração paralela de inquérito pela polícia civil. Vencidos os Ministros Celso de Mello, relator, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence" (ADIn 1.494/DF, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, *DJU*, 20 abr. 1997).

Superior Tribunal de Justiça:

"*Ementa*: Processo penal. Conflito de competência. Justiça Militar Estadual e Justiça Estadual Comum. Ação penal em curso. Lei 9.299/96. Aplicação imediata. Os crimes previstos no art. 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, são da competência da Justiça Comum (Lei 9.299/96). E, por força do princípio da aplicação imediata da lei processual (CPP, art. 2º), afasta-se a competência da Justiça Militar para julgar a ação penal em curso.

Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da Vara do Júri. Unânime" (3ª Seção, CComp. 17.665/SP, rel. Min. José Arnaldo, j. 27-11-1996, *DJU*, 17 fev. 1997).

Tribunal de Justiça do Paraná:

"*Ementa*: Conflito de competência. Crimes de homicídio qualificado e facilitação de fuga de presos... o crime de homicídio qualificado, praticado por policial militar contra civil, em 26.06.93, cujo processo tramita perante a Justiça Castrense, passa à competência da Justiça Comum, sem que haja ofensa ao princípio do Juiz natural..." (Ac. 3.036, CComp. 54.932-8 – Palmas, Gr. de Câm. Crim., rel. Des. Trotta Telles, j. 18-6-1997).

"*Ementa*: Conflito de Competência. Homicídio doloso na forma tentada, cometido por policial militar do Estado, contra civil. Competência da Justiça Comum. Aplicação da Lei 9.299/96. Incoerência de ofensa a dispositivos

constitucionais. Os crimes previstos no art. 9º do CPM, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, com o advento da Lei 9.299/96, passaram à competência da Justiça Comum. Não é inconstitucional o art. 1º, § 1º, da Lei 9.299/96" (CComp. 67.824-6 – Realeza, Gr. de Câm. Crim., rel. Des. Trotta Telles, j. 16-9-1998).

Em adição, tome-se julgado oriundo de Minas Gerais, no seguinte sentido:

"*Ementa*: Convencido o Juiz Auditor da existência de dolo no ato praticado por policial militar de que resultou a morte de um civil, é correta a decisão que julgou a Justiça Militar incompetente nos termos da Lei 9.299/96" (RSE 226, Proc. 16.348/2ª AJME, rel. Juiz Cel. PM Laurentino de Andrade Filocre. Recorrente: Ministério Público, Recorrido: o Juízo da 2ª AJME).

Mais recentemente, o Pretório Excelso, por seu Pleno, reafirmou a constitucionalidade do acréscimo do parágrafo único ao art. 9º do CPM, decidindo:

"*Ementa*: Recurso extraordinário. Alegação de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar introduzido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996. Improcedência. No artigo 9º do Código Penal Militar que define quais são os crimes que, em tempo de paz, se consideram como militares, foi inserido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996, um parágrafo único que determina que 'os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum'. Ora, tendo sido inserido esse parágrafo único em artigo do Código Penal Militar que define os crimes militares em tempo de paz, e sendo preceito de exegese (assim, Carlos Maximiliano, 'Hermenêutica e Aplicação do Direito', 9ª ed., n. 367, ps. 308/309, Forense, Rio de Janeiro, 1979, invocando o apoio de Willoughby) o de que 'sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina', não há demasia alguma em se interpretar, não obstante sua forma imperfeita, que ele, ao declarar, em caráter de exceção, que todos os crimes de que trata o artigo 9º do Código Penal Militar, quando

dolosos contra a vida praticados contra civil, são da competência da justiça comum, os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, compatibilizando-se assim com o disposto no 'caput' do artigo 124 da Constituição Federal. Corrobora essa interpretação a circunstância de que, nessa mesma Lei 9.299/96, em seu artigo 2º, se modifica o 'caput' do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar e se acrescenta a ele um § 2º, excetuando-se do foro militar, que é especial, as pessoas a ele sujeitas quando se tratar de crime doloso contra a vida em que a vítima seja civil, e estabelecendo-se que nesses crimes 'a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum'. Não é admissível que se tenha pretendido, na mesma lei, estabelecer a mesma competência em dispositivo de um Código – o Penal Militar – que não é o próprio para isso e noutro de outro Código – o de Processo Penal Militar – que para isso é o adequado. Recurso extraordinário não conhecido" (RE 260404/MG, rel. p/ o acórdão Min. Moreira Alves, decisão unânime do Pleno em 22-3-2001).

Como se verificou, num primeiro momento, por via concentrada, o Supremo Tribunal, em face de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil**[546]**, entendeu que o dispositivo em discussão era constitucional. Em um segundo momento, agora no controle difuso, no Recurso Extraordinário supracitado, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que o crime doloso contra a vida de civil, com a edição da Lei n. 9.299/96, passara a ser crime comum – frise-se, compreensão lavrada antes do advento da EC n. 45/2004, que veremos abaixo –, reafirmando em uma interpretação forçada, com a devida vênia, a constitucionalidade da lei em comento.

Por outro lado, há decisões, também por via difusa, que muito acertadamente afastaram a constitucionalidade da Lei n. 9.299/96, dentre as quais pode-se destacar posição do Superior Tribunal Militar, na seguinte conformidade:

"*Ementa*: Recurso Criminal. Competência da Justiça Militar da União. Inconstitucionalidade, declarada *incidenter tantum*, da Lei n. 9.299, de 1996, no que se refere ao parágrafo único do art. 9º do CPM e ao *caput* do art. 82 e seu §

2º do CPPM. Desde a sanção da Lei n. 9.299, de 1996, com o Projeto de Lei encaminhado ao Congresso Nacional para modificá-la, verifica-se que seu texto resultou equivocado. Enquanto não ocorre a alteração do texto legal pela via legislativa, o remédio é a declaração de sua inconstitucionalidade *incidenter tantum*, conforme dispõe o art. 97 da CF. Antecedentes da Corte (RCr n. 6.348-5/PE). Provido o recurso do RMPM e declarada a competência da Justiça Militar da União para atuar no feito. Decisão unânime" (Ac. 1997.01.006449-0/RJ, decisão de 17-3-1998, rel. Min. Aldo da Silva Fagundes).

Dessarte, o entendimento jurisprudencial dominante era o de que os crimes em apreço deveriam ser julgados pela Justiça Comum. Essa realidade levou muitos à conclusão de que, se a lei não era inconstitucional (até mesmo na visão da Corte Maior), somente uma solução poderia ser dada ao problema: concluir, a fórceps, que os crimes dolosos contra a vida praticados por militares, contra civis, deixaram de ser crimes militares com o advento da Lei n. 9.299/96, como o fez o Supremo no RE n. 260404/MG, cuja ementa mencionamos acima. Por essa razão, muito bem observa Célio Lobão, acertaria o legislador ordinário se, simplesmente, utilizasse a seguinte redação: "Os crimes dolosos contra a vida, praticados contra civis, não são crimes militares"**[547]**. O texto idealizado por Célio Lobão, de redação simples e direta, solucionaria, sem necessidade de nenhuma construção metajurídica, a questão, porquanto o Poder Constituinte originário atribuiu ao legislador ordinário a tarefa de definir o ilícito penal militar ("crimes militares definidos em lei", consignam os arts. 124 e 125, § 4º, da CF).

A práxis demonstrou que a interpretação por desnaturação do delito doloso contra a vida de civil para o catálogo dos crimes comuns era a mais adequada e viável, uma vez que as condenações de militares dos Estados após o surgimento do parágrafo único do art. 9º se deram com lastro no art. 121 do CP, e não no art. 205 do CPM.

A situação esboçada acima permaneceu inerte no que concerne ao crime militar doloso contra a vida de civil, perpetrado por militares das Forças Armadas, já que a Emenda Constitucional n. 45/2004**[548]** não alterou o art. 124 da CF.

Como se demonstrou, dois caminhos poderiam ser seguidos em face

da realidade apresentada: desnaturar o crime do rol dos crimes militares ou considerar a Lei n. 9.299/96, particularmente no que concerne ao parágrafo único do art. 9º, inconstitucional, isso pelo controle difuso de constitucionalidade.

Felizmente, no âmbito da Justiça Militar da União prevaleceu a racionalidade técnico-jurídica. O Superior Tribunal Militar afastou a aplicação do dispositivo, reconhecendo sua inconstitucionalidade *incidenter tantum*, posição que deve ser mantida, salvo se houver uma nova alteração no cenário constitucional. Mesmo com a recente alteração do parágrafo único trazida pela Lei n. 12.432/2011, note-se, a situação continua a mesma, ou seja, o dispositivo, embora faça ressalva aos fatos subsumidos pelo art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, cujo julgamento seria de competência da Justiça Militar da União, manteve os demais fatos dolosos contra a vida de civil sob o expectro de competência da Justiça Comum, em flagrante desrespeito ao disposto no art. 124 da Constituição Federal.

A situação, todavia, ganhou novos elementos no que concerne ao Direito Penal Militar no âmbito estadual, os quais foram trazidos com a nova redação dada ao § 4º do art. 125 da CF, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Em que pese a nossa convicção de que a Emenda Constitucional n. 45/2004 também padece de inconstitucionalidade**[549]**, e ainda que existam justas críticas tecidas à nova redação do art. 125 da Carta Mãe, e nesse propósito muito feliz foi Jorge César de Assis**[550]**, em um ponto o constituinte derivado parece ter mérito inconteste: caiu por terra a discussão sobre a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 9º do Código Castrense no âmbito das Justiças Militares Estaduais.

O novo texto é claro ao consagrar a competência do Tribunal do Júri para processar e julgar os crimes militares dolosos contra a vida de civil, perpetrados por militares dos Estados.

Vejamos o que consigna a nova redação do § 4º do art. 125 da Carta Magna:

“Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos

Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, *ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil*, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças". (g. n.)

Nitidamente, o Tribunal do Júri, em uma situação excepcional trazida pela própria Constituição, passou a julgar crimes militares dolosos contra a vida de civis, ou seja, ao contrário do que se praticou até o advento da Emenda Constitucional em apreço, os processos deverão ter curso por incorrência do jurisdicionado nos arts. 205 ou 207 do CPM, ainda que o Tribunal do Júri, na atualidade, seja expressão da Justiça Comum. Diz-se aqui "na atualidade" porque, ao contrário do que fez a Lei n. 9.299/96, a atual redação constitucional menciona apenas o órgão julgador Tribunal do Júri, que não necessariamente deve integrar a Justiça Comum, podendo perfeitamente ser instalado na Justiça Militar**[551]**. Mas façamos a análise da situação de acordo com o que ocorre na atualidade, ou seja, o julgamento do delito militar doloso contra a vida de civil pelo Tribunal do Júri como órgão da Justiça Comum.

Há que frisar em uma linha inicial de raciocínio que o "poder constituinte pode ser conceituado como o poder de elaborar (e neste caso será originário), ou atualizar uma Constituição, através da supressão, modificação ou acréscimo de normas constitucionais (sendo nesta última situação derivado do originário)"**[552]**. Como se vislumbra, o Poder Constituinte pode ser originário (direto, de primeiro grau, inicial, inaugural) ou derivado (indireto, de segundo grau, instituído, derivado ou secundário). Este interessa ao tema em relevo, porquanto dele origina-se a emenda constitucional.

O Poder Constituinte derivado altera a Constituição em vigência, obedecendo às regras materiais e formais nela previstas, ou estrutura, calcado na capacidade de auto-organização, a Constituição dos Estados-Membros. Trata-se de um poder subordinado e condicionado, e com procedimento previsto na Constituição em vigor.

Vale dizer que a alteração do texto constitucional por emenda não é livre, limitando-se pelo que estabeleceu o próprio Poder Constituinte originário. Essa característica, ressalte-se, é que confere à nossa Constituição, quanto à

alterabilidade, as classificações de rígida e parcialmente alterável. Dessarte, o constituinte derivado deve observar limites para alterar a Lei Maior, os quais são de natureza formal (*quorum* de aprovação e rito diferenciado para a alteração da Constituição – art. 60, I, II e III, e § 2º da CF), circunstancial (art. 60, § 1º, da CF – "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio"), material (conteúdo material da Constituição, que não pode ser alterado; são as cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º – forma federativa de Estado; voto direto, secreto, periódico e universal; separação dos Poderes; direitos e garantias individuais) e implícita (veda-se a alteração das normas limitadoras de alteração constitucional).

É primordial ressaltar que a "emenda à Constituição Federal, enquanto proposta, é considerada um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade, só ingressando no ordenamento jurídico após sua aprovação, *passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia de normas constitucionais originárias*"**[553]**.

A nova redação trazida pelo § 4º do art. 125 mantém a competência da Justiça Militar dos Estados para processar e julgar os crimes militares, a exceção de uma espécie, qual seja, o crime militar doloso contra a vida de civil, que passou a ser de competência do Tribunal do Júri, agora, por uma exceção límpida, o juízo natural para tal delito.

Por estranho que possa parecer, essa é a nova realidade a ser reconhecida.

A estranheza, no entanto, começa a se dissipar no momento da incursão pelo caráter especial do Direito Penal Militar e por ocasião da análise do Direito Comparado.

Já afirmamos que a especialidade do Direito Penal Castrense, em visão hodierna, não se prende à existência de uma justiça especial, mas ao bem jurídico tutelado, que, em nossa visão, traduz-se pela regularidade das instituições militares**[554]**. Disso se conclui que a existência de um Direito Penal especial não clama necessariamente pela instalação de uma justiça especial. Obviamente que, se ela estiver instalada no âmbito constitucional, sua competência há de ser

reconhecida.

A insólita situação (crimes militares julgados pela Justiça Militar e, em alguns casos, pela Justiça Comum, na atual composição), ademais, pode ser encontrada no Direito Comparado. Nesse sentido, lembramos citação já mencionada acerca da realidade francesa quando extinta, na França, a Justiça Militar, autorizando, contudo, sua manutenção junto às tropas estacionadas ou em operação fora do território francês**[555]**.

É necessário que se ressalte, em adição aos argumentos apresentados, que a Constituição Federal se compõe de um conjunto de proposições que, por uma análise pontual, levaria a uma irracionalidade de difícil composição. Disso decorre que deve ela ser interpretada de forma sistêmica, como, aliás, o deve ser o próprio Direito.

Raciocinemos, inicialmente, pela noção elementar de sistema. Como muito bem ilumina Paulo de Barros Carvalho, o sistema, em seu significado de base, "aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema"**[556]**. Os sistemas, completa o caro mestre, podem ser reais ("formados por objetos extralinguísticos, tanto do mundo físico ou natural como do social, da maneira mesma que eles aparecem à intuição sensível do ser cognoscente, exibindo sua relação de causalidade. São grupamentos de entidades que se vinculam mediante laços constantes, e tudo subordinado a um princípio comum unificador"**[557]**), por exemplo sistema solar, sistema sanguíneo etc., ou pro-posicionais ("compostos por proposições, pressupondo, portanto, linguagem"**[558]**).

Os sistemas proposicionais, por sua vez, podem ser cindidos em nomológicos (meramente formais, em que as partes componentes são "entidades ideais, como na Lógica, na Matemática etc."**[559]**) e nomoempíricos (compostos por "proposições com referências empíricas"**[560]**). Os *sistemas proposicionais nomoempíricos*, por fim, podem ser descritivos ("como no caso de sistemas de enunciados científicos"**[561]**) ou prescritivos ("como acontece com os sistemas

que se dirigem à conduta social, para alterá-la"[562]).

Assim, "as normas jurídicas formam um sistema, na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador. Trata-se do direito posto que aparece no mundo integrado numa camada de linguagem prescritiva"[563].

Na acomodação interna desse sistema, a lógica de funcionamento converge toda a estrutura para a norma fundamental, que, por sua vez, é a base de derivação de todas as demais normas.

Alerte-se que o direito posto não se confunde com a Ciência do Direito que, muito embora se configure em um sistema nomoempírico, não é prescritivo, mas "teorético ou declaratório, vertido em linguagem que se propõe ser eminentemente científica"[564]. A Ciência do Direito tem seu foco temático repousado sobre o fenômeno linguístico do direito posto, conjunto de enunciados prescritivos[565].

Pois bem, a ordem jurídica pátria, na linha de raciocínio do mesmo autor, constitui um sistema de normas que podem ser de comportamento (voltadas para as condutas das pessoas, enumerando o conteúdo deôntico do sistema, do *dever ser*) ou de estrutura (aquelas que dispõem sobre órgãos, procedimentos e estatuem o modo de criação e extinção das regras).

Esse sistema jurídico é composto por "subsistemas que se entrecruzam em múltiplas direções, mas que se afunilam na busca de seu fundamento último de validade semântica que é a Constituição do Brasil. E esta, por sua vez, constitui também um subsistema, o mais importante, que paira, sobranceiro, sobre todos os demais, em virtude de sua privilegiada posição hierárquica, ocupando o tópico superior do ordenamento e hospedando as diretrizes substanciais que regem a totalidade do sistema jurídico nacional"[566].

Como se verifica, os subsistemas do ordenamento jurídico devem ser desenvolvidos e interpretados como fenômeno de linguagem, de forma integrada no sentido de conformar a relação jurídica com o mote imposto pela Constituição Federal.

Em sentido paralelo, também se deve ter em mente que ela, a

Constituição Federal, por seu conjunto de normas de comportamento e de estrutura, estas em predominância, constitui um subsistema que possui lógica própria, ou pelo menos uma lógica não condicionada por outro subsistema. No interior desse subsistema figuram proposições diversas que por vezes colidem, exigindo uma interpretação entrelaçada dentro do próprio subsistema. Tal colisão poderá ocorrer mesmo por normas constitucionais decorrentes de emendas, já que integram, a partir do transcorrer de seu *iter* de concepção, o próprio texto constitucional, com a mesma hierarquia. É dizer que, nessa lógica, as permissões, restrições, imposições etc. devem interagir de modo a tornar o subsistema congruente, o que é perfeitamente viável, porquanto o subsistema constitucional pode autolimitar-se.

À guisa de exemplo, o direito à greve expressa essa inter-relação de proposições dentro do próprio subsistema. A amplitude conferida no art. 9º, segundo o qual é assegurado o direito à greve, encontra limitação no próprio Texto Maior no que concerne aos militares, já que o inciso IV do § 3º do art. 142 veda expressamente aos militares o exercício desse direito.

Aplicando o raciocínio exposto ao tema da presente construção, teríamos que os subsistemas penal ou processual penal jamais poderiam afrontar validamente o subsistema constitucional, como o fez a Lei n. 9.299/96. Em mesmo sentido, o subsistema constitucional conferiu, em nome do Estado de Direito social e democrático, ao autor de um injusto penal capitulado como doloso contra a vida o direito de ser julgado por leigos, que entenderiam, por serem pares, as peculiaridades afetas ao fato**[567]**; porém, o próprio subsistema excepcionou a regra ao tratar dos crimes militares, conferindo às Justiças Militares a competência de julgamento para tais crimes, inclusive aqueles dolosos contra a vida. Com o novo texto do § 4º do art. 125 da CF, o constituinte excepcionou a competência de julgamento das Justiças Militares Estaduais, agora em sentido oposto (ao menos no que concerne aos atos perpetrados contra a vida de civil), retirando-a destas e deslocando-a para a Justiça Comum (Tribunal do Júri).

Pelo que até aqui se aduziu, conclui-se que, na esfera estadual, o crime doloso contra a vida de civil continua a ser crime militar**[568]**, havendo, porém, a

competência de julgamento pelo Tribunal do Júri.

Ainda com lastro na Lei Maior, cumpre elucidar que a missão constitucional da Polícia Civil cinge-se, por força do § 4º do art. 144, ressalvada a competência da União, às "funções de polícia judiciária" e à "apuração de infrações penais, *exceto as militares*". (g. n.)

Bem clara, na lógica do subsistema constitucional, a exceção criada pelo legislador constituinte, no sentido de que a infração penal militar ficasse à margem das atribuições das Polícias Civis.

Os crimes dolosos contra a vida de civis, perpetrados por militares dos Estados, ao encontrarem a plena tipicidade no Código Penal Militar**[569]**, serão de atribuição apuratória das autoridades de polícia judiciária militar (entenda-se: do Comandante de Unidade e, nos casos de delegação, do Oficial de serviço delegado). Como reflexo, as medidas previstas no art. 12 do CPPM devem ser encetadas pelo Oficial com atribuição de polícia judiciária militar, e não pelo Delegado de Polícia.

Embora muito clara essa construção, não é pacífica sua aceitação, em especial no Estado de São Paulo. Algumas pessoas, especialmente integrantes da Polícia Civil, continuam entendendo que a Lei n. 9.299/96 transformou o crime em apreço em um delito comum, o que não foi alterado com a edição da EC n. 45/2004. Essa compreensão, de forma nefasta, estava levando a alguns oficiais serem acusados, absurdamente, por delitos como prevaricação, desobediência, abuso de autoridade etc., porquanto estariam, nessa tosca visão, exercendo irregularmente a polícia judiciária militar na apreensão de objetos e instrumentos do crime, com consequente solicitação de perícia.

Inicialmente, a reação foi individual, ou seja, o oficial acusado em procedimento de polícia judiciária comum por um desses crimes buscou a tutela jurisdicional pela via do *habeas corpus*, tentando obstar o curso da apuração, obtendo inequívoco sucesso. Embora tenham sido vários casos, tomemos como base um episódio ocorrido na cidade de Itirapina/SP, onde a Dra. Eliete de Fátima Guarnieri, Juíza de Direito da Vara Distrital daquela Urbe, no Processo n. 1.904/2004, apreciando o caso em que um oficial da Polícia Militar se viu obrigado a ingressar com *habeas corpus* preventivo, em face de o Delegado de

Polícia local pretender indiciá-lo por desobediência, lavrou a irretocável sentença:

"Vistos.

A. G. J. impetrou Ação de 'Habeas Corpus' Preventivo em seu favor, indicando, como autoridade coatora, o DELEGADO DE POLÍCIA DE ITIRAPINA e requereu o arquivamento do boletim de ocorrência n. 1.294/2004, ante a inexistência de justa causa para a lavratura deste.

Justificou seu pedido com a alegação de que, em 12 de outubro de 2004, o policial militar A. S. A. S., durante atendimento de ocorrência de furto tentado de caminhão e carga, efetuou disparo com a espingarda da Corporação de marca CBC, n. A 146105, modelo 596-2, da qual era detentor, vindo a causar lesão corporal no civil C. C. F. que, na ocasião, conduzia um caminhão subtraído no Auto Posto Caçador e o arremessou contra aquele. Encerrado o atendimento imediato da ocorrência, o civil C., ferido na perna, foi socorrido e conduzido preso até a delegacia de polícia de Itirapina, para as providências que se faziam necessárias no âmbito da polícia judiciária comum, sendo autuado em flagrante delito pelo delegado J. F. G. Paralelamente, instaurou-se inquérito policial militar em face do Soldado A., sendo determinada a apreensão da arma de fogo ante seu interesse para a apuração do crime militar em tese ocorrido. Escalado como o oficial responsável pelos trabalhos de polícia judiciária militar, o impetrante lavrou a portaria de IPM n. 22/11/04, apreendeu a espingarda e deu ciência à autoridade apontada como coatora, por ofício, das medidas tomadas no âmbito da polícia judiciária militar. Estranhamente, a autoridade policial civil, desconhecendo as normas que disciplinam a apuração do crime militar, passou a exigir, indevidamente, que o impetrante não apreendesse a espingarda, mas a apresentasse a ela, sob pena de ser registrado boletim de ocorrência por crime de desobediência. Tal boletim acabou sendo elaborado porque o impetrante não poderia deixar de cumprir o disposto na lei processual militar, sob pena de ser responsabilizado. Assim, ao apreender a espingarda e deixar de apresentá-la à autoridade apontada como coatora, o impetrante somente cumpriu seu dever de ofício, razão pela qual não ocorreu nenhum crime de desobediência, sobretudo porque a autoridade judiciária militar não deve obediência à autoridade de polícia judiciária comum. Juntou documentos.

A autoridade apontada como coatora apresentou suas informações a fls. 20/21.

A fls. 30/105, o impetrante juntou novos documentos, atendendo à determinação judicial.

É o relatório.

DECIDO.

Os documentos de fls. 33/105 comprovam que foi instaurado o inquérito policial militar n. 22/11/04, em face do policial militar A. S. A. S., para apuração dos fatos em que este efetuou disparo de espingarda que atingiu C. C. F. Tal inquérito policial foi instaurado pela portaria de fls. 33, de 12 de outubro de 2004, de autoria do ora impetrante.

O documento de fls. 46 comprova que, na mesma data em que instaurou referido inquérito policial militar, o impetrante encaminhou a espingarda utilizada pelo Soldado A. para realização de exame pericial. Assim, o impetrante cumpriu seu dever de ofício ao apreender a espingarda e encaminhá-la para perícia, em regular procedimento de inquérito policial militar.

Nesse contexto, ante a regular apreensão da arma no inquérito policial militar, não havia possibilidade de que o impetrante a encaminhasse à autoridade apontada como coatora, de modo que sua recusa foi justa e não pode ser tipificada como crime de desobediência. Por conseguinte, cumpre reconhecer que não houve justa causa para a lavratura do boletim de ocorrência n. 1.294/04 nem para a instauração do termo circunstanciado policial n. 409/04, dele decorrente.

Pelo exposto, com fulcro no artigo 648, inciso I, do Código de Processo Penal, JULGO PROCEDENTE A AÇÃO para determinar o trancamento do termo circunstanciado n. 409/04, ante a ausência de justa causa para sua instauração. Oficie-se à autoridade apontada como coatora, comunicando-a desta decisão".

Ainda com esse precedente, a prática de indiciamento de oficiais continuou, o que chamou a atenção do Egrégio Tribunal de Justiça Militar de São

Paulo, que por sua Corregedoria-Geral editou o Provimento n. 04/07, que ratificou a atribuição da polícia judiciária militar, dispondo que, em "obediência ao disposto no artigo 12, na alínea 'b', do Código de Processo Penal Militar, a autoridade policial militar a que se refere o § 2º do artigo 10 do mesmo Código deverá apreender os instrumentos e todos os objetos que tenham relação com a apuração dos crimes militares definidos em lei, quando dolosos contra a vida tendo como vítima um civil".

Embora o provimento não tenha força vinculante sobre aqueles que discordem da visão de crime militar doloso contra a vida de civil, foi ele decisivo para afastar o dolo na conduta dos oficiais em praticar as infrações pelas quais estavam sendo acusados – isso aceitando a absurda premissa de que não era atribuição da polícia judiciária militar apurar os crimes dolosos contra a vida de civis, do que discordamos, pois se trata de crime militar julgado pelo Tribunal do Júri –, visto que os citados delitos supostamente praticados pelas autoridades de polícia judiciária militar (prevaricação, abuso de autoridade etc.) demandam o dolo como elemento subjetivo, cuja presença é afastada em face da constatação de que o oficial, por exemplo, ao apreender uma arma na apuração de um crime doloso contra a vida de civil, estava simplesmente seguindo orientação constante de provimento do Tribunal de Justiça Militar, não tendo a intenção livre e consciente de abusar de autoridade ou de alterar ardilosamente o local do crime.

A questão, deve-se anotar, chegou até o Tribunal de Justiça do Estado, que, reforçado pelo Provimento supracitado, reafirmou a atribuição da Polícia Militar, não acatando a visão de que os oficiais cometiam delitos ao exercer a polícia judiciária militar. Por todos, *vide* o Processo n. 318.01.2008.002559-7/000000-000 (Controle n. 144/2008), do Juízo de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Leme/SP, em que um oficial da Polícia Militar impetrou *habeas corpus* para obstar o curso de procedimento apuratório que lhe imputava delitos comuns (prevaricação e desobediência), instaurado pelo Delegado de Polícia de Leme/SP, obtendo sucesso no trancamento do procedimento. Em recurso oficial da sentença, a questão chegou à 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça, que confirmou a decisão de primeiro grau, acompanhando posição do *Parquet*, que, em suma, postulou:

“Como bem exposto na decisão de primeiro grau, com a alteração legislativa acerca da competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares em serviço, surgiu a dubiedade de entendimento acerca da instauração de inquérito policial-militar, diante da forma da redação, sendo certo, outrossim, que o Juiz Corregedor da Justiça Militar expressamente editou determinação para que seja instaurado sempre IPM. Daí é que cumpria o ora paciente o seu dever legal, inexistindo razão para aquele caderno persecutório”.

Em 14 de agosto de 2008, a 14ª Câmara de Direito Criminal julgou o recurso (Recurso em *Habeas Corpus* n. 990.08.005203-9, relator o Desembargador Walter da Silva) decidindo-se:

“O inquérito policial n. 04/08 foi instaurado visando apurar os crimes de desobediência e prevaricação supostamente praticados por..., uma vez que teria se negado a fazer a entrega de armas de fogo utilizadas por policiais militares em ocorrência envolvendo civil.

In casu, o recorrido agiu por dever de ofício imposto a ele pela Justiça Militar, obedecendo o Provimento n. 04/07 da Corregedoria Geral da Justiça Militar Estadual, expedido com caráter normativo (fls. 29), não havendo que se falar em configuração de crime”.

Um último aporte sobre essa questão diz respeito à competência para concessão de medida cautelar, a exemplo da decretação de prisão preventiva ou da interceptação de comunicações telefônicas, no curso das apurações de crime militar doloso contra a vida de civil no âmbito estadual. O conflito suscitado surge justamente do fato de, apesar de o delito continuar sendo militar, portanto apurado em sede de inquérito policial militar, o julgamento ocorrer no Tribunal do Júri, hoje apenas existindo como integrante da Justiça Comum, levando à dúvida acerca de qual juízo seria competente para a concessão da medida cautelar. Entendemos que, enquanto os autos não forem remetidos ao Tribunal do Júri, após a conclusão, pela Justiça Castrense, de que o fato realmente configura, em tese, crime militar doloso contra a vida de civil, a competência para decidir sobre medidas cautelares é da Justiça Militar Estadual. Calcamos nosso raciocínio no simples fato de que até a remessa do feito à Justiça Comum, não há a

conclusão pela competência do Tribunal do Júri, devendo o encarregado do inquérito policial militar representar pela concessão de medidas cautelares, no curso da inquisa, ao Juiz de Direito do Juízo Militar (da Auditoria para qual o feito foi distribuído ou o Juiz Corregedor da Polícia Judiciária Militar, se não houver distribuição).

Nesse sentido, *vide* decisão do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, no *Habeas Corpus* n. 2.029/08 (Feito n. 2.119/08 CDCP – Corregedoria Permanente), da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, julgado em 4 de setembro de 2008, sob relatoria do Juiz Paulo Prazak, quando, de forma irretocável, decidiu:

"Embora seja da Justiça Comum a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil, *inexiste ilegalidade no decreto de prisão provisória do Magistrado desta Especializada que visa garantir o bom êxito da conclusão do Inquérito Policial Militar*. Demonstrada a imprescindibilidade da medida extrema, decretada com devida fundamentação, resta afastada a presença de aventado constrangimento ilegal ou abuso de poder". (g. n.)

Por derradeiro, frise-se que a nova alteração do parágrafo único do art. 9º do CPM (Lei n. 12.432/2011), em nada alterou a concepção acima consignada no que concerne às Justiças Militares Estaduais.

— Os crimes militares em tempo de guerra

A complementação da tipicidade dada pelo art. 9º nos crimes militares em tempo de paz encontra similitude no que ocorre nos crimes militares em tempo de guerra (art. 10 do CPM).

Antes de abordar o referido artigo, porém, convém compreender o que se entende por *tempo de guerra*. Essa compreensão deve partir da interpretação autêntica contextual trazida pelo art. 15 do Código Castrense: "O tempo de guerra, para os efeitos da aplicação da lei penal militar, começa com a declaração ou o reconhecimento do estado de guerra, ou com o decreto de mobilização se nele estiver compreendido aquele reconhecimento; e termina

quando ordenada a cessação das hostilidades”.

Portanto, exige-se a declaração ou o reconhecimento do estado de guerra, que cessará com a ordem de abolição das hostilidades inerentes à guerra. Essa declaração de cessação, é de notar, reveste-se de formalidades especificamente evidenciadas pela Constituição Federal. Para a declaração, bem como para a ordem de cessação, exige-se ato formal do Chefe Supremo da Nação, o Presidente da República, com o respaldo do Congresso Nacional, autorizando ou referendando esses atos, nos termos do inciso II**[570]** do art. 49 e dos incisos XIX**[571]** e XX**[572]** do art. 84, todos da Lei Maior.

Em complementação, deve-se ter a expressão *estado de guerra* como “o estado ou situação que resulta do recurso de um país à luta armada contra outro, embora possa existir sem a realização sequer de um ato de força. Seria o caso, por exemplo, de um estado declarar guerra a outro e, antes do confronto das respectivas milícias, haver um acordo de paz. O que caracteriza o estado de guerra é o *animus bellandi*”**[573]**.

Conforme se extrai da compreensão supracitada, os preceitos excepcionais do Código Penal Militar somente possuirão eficácia em caso de guerra externa, excluindo-se a guerra civil, a comoção intestina etc.

A cessação da hostilidade deve ser formal, por ordem para as tropas, o que pode resultar de várias situações, como a devastação completa do país inimigo (*debellatio*), o armistício (acordo preliminar à celebração de paz), a celebração de paz, nos termos exigidos pela Constituição Federal, ou qualquer outra forma que redunde na obstrução das hostilidades**[574]**.

Nos casos de guerra declarada, inaugurar-se-á a eficácia não só do Livro II da Parte Especial (“Dos crimes militares em tempo de guerra”), mas também de alguns dispositivos da Parte Geral, como os arts. 18, 20 e o artigo que estudaremos agora, o art. 10.

Assim dispõe referido artigo:

“Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I – os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II – os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;

b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;

IV – os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado".

É fácil notar que o artigo em relevo possui quatro possibilidades para o delito militar em tempo de guerra.

Inicialmente, aqueles especificamente idealizados para esses tempos, trazidos pelo já citado Livro II, compreendendo os arts. 355 a 408 do CPM. São delitos que possuem rigidez maior, por comprometer a segurança externa do País, ou atentar contra o azeitado funcionamento das instituições envolvidas na guerra, em um período tão crítico. As penas, por exemplo, são exacerbadas, conhecendo-se até mesmo a pena capital, da qual voltaremos a falar adiante.

Também serão considerados crimes militares em tempo de guerra aqueles previstos no inciso I do art. 9º do CPM, ou seja, os delitos militares em tempo de paz que possuam capitulação somente no Código Castrense, ou que neste estejam descritos de forma diversa da legislação penal comum. Obviamente, se o delito estiver capitulado no Livro II (que trata dos crimes militares em tempo de guerra), como o é a deserção, capitulada nos arts. 187 e 391 do CPM, prevalecerá a previsão específica para o tempo de guerra, ou seja, o art. 391 do CPM. Portanto, essa previsão restringe-se somente aos crimes que estejam no Livro I, como o furto de uso, previsto no art. 241 do mesmo Códex. A consequência para o crime em tempo de paz transmudado para crime em tempo de guerra é o acréscimo de um terço na pena.

Na sequência, também serão crimes militares em tempo de guerra os previstos no inciso II do art. 9º, desde que praticados em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado, ou em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo. Também aqui há que fazer a ressalva de que, se o crime estiver no Livro II, prevalecerá esta tipificação e não aquela (ex.: homicídio simples, previsto no art. 205 e no art. 400, prevalecendo este e não aquele). Como exemplo poderíamos citar o crime de peculato (art. 303 do CPM). Note-se que primeiro o intérprete deverá encontrar a perfeita tipicidade para só então aplicar o inciso III do art. 10; em outras palavras, deve primeiro subsumir o fato analisado à descrição típica da Parte Especial (Livro I) e da Parte Geral (alíneas do inciso II do art. 9º), para só depois considerar o delito como em tempo de guerra. A consequência dessa transmudação será também a majoração de pena do art. 20 do CPM ("Aos crimes praticados em tempo de guerra, salvo disposição especial, aplicam-se as penas cominadas para o tempo de paz, com o aumento de um terço").

Por derradeiro, o inciso IV do artigo em apreço traz uma abrangência significativa na transformação de qualquer delito em delito militar em tempo de guerra. Todo e qualquer delito não previsto no Código Castrense, seja ele previsto no Código Penal comum, seja em legislação extravagante, poderá ser transnaturado para um delito militar em tempo de guerra, desde que seja perpetrado "em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado". Como exemplos dessa possibilidade, Romeiro aponta os crimes de moeda falsa (arts. 289 a 392 do CP)[575]. Aqui também se terá por consequência, além do julgamento pela Justiça Militar (o crime era comum, mas passou a ser militar), a majoração trazida pelo art. 20 do CPM.

Deve-se ter em foco, para evitar abrangência desnecessária, que o espírito da lei penal castrense em tempo de guerra orienta no sentido de que somente ocorra a cominação das penas aos crimes militares nesse período de exceção nos casos em que o fato foi praticado onde esteja ocorrendo a guerra; em qualquer lugar, somente se afetar a segurança do País e se forem relacionados com a própria guerra[576].

— Tipicidade como critério de diferenciação entre crime militar e crime comum: esquema elucidativo

Com o escopo de sintetizar o aduzido acerca do art. 9º do CPM, entendemos conveniente tornar a exploração mais prática, mais acessível aos operadores do Direito Penal Militar.

Já vimos que a tipicidade (em sentido estrito) é fundamental para distinguir o crime comum do crime militar; para avaliar se um fato contém estrita tipicidade no Código Penal Militar, devemos seguir três passos, evidenciados por três questões, a saber:

1ª) O fato analisado está previsto como crime na Parte Especial do Código Penal Militar e, se o estiver, contém descrição semelhante na legislação penal comum?

2ª) Há previsão das circunstâncias em um dos incisos do art. 9º do CPM?

3ª) O sujeito ativo do crime pode ser processado e julgado pela Justiça Militar, que apreciará o delito (arts. 124 e 125, § 4º, da CF)?

Deve-se alertar que a terceira pergunta tem uma dúplice compatibilidade, ou seja, ao analisar o fato praticado por um civil, como sustentamos, haverá um problema de tipicidade na esfera estadual. Todavia, analisando a conduta praticada por um menor de 18 anos, como veremos, teremos uma questão afeta à imputabilidade, não havendo crime militar, e sim ato infracional. De toda forma, as três questões são uma forma analítica de detecção inicial de um crime militar, de modo a possibilitar a adoção de medidas decorrentes dessa conclusão, a exemplo da instauração de inquérito policial militar, oferecimento da denúncia etc.

Caso a resposta seja "sim" às três proposições, haverá tipicidade do fato no aludido Código – exceto os casos de inimputabilidade, em que a questão será resolvida no campo da culpabilidade –, lembrando que a conclusão por crime depende ainda da análise da antijuridicidade e da culpabilidade (adotando a visão tripartida de delito).

Deve-se entender que essa abordagem, mera automação de ferramentas para atingir o fim principal (identificar fato tipificado no CPM), não pode ser observada com o rigor técnico da dogmática penal em dias atuais. Dessa forma, deve-se entender a "fórmula" apresentada como um procedimento de rápida distinção entre crime comum e crime militar.

Raciocinemos com exemplos:

Exemplo 1: soldado PM, de folga, intervém em roubo a uma casa lotérica e entra em confronto com os roubadores; ferindo mortalmente um deles, vem posteriormente a saber que o morto também é policial militar da ativa. Nesse caso, vamos responder às questões:

1ª) Sim, há o tipo "homicídio" no art. 205 do CPM, e o crime contém igual definição no Código Penal.

2ª) Sim, por ter sido cometido por policial militar da ativa e por ter igual definição no Código Penal, aplicamos o inciso II do art. 9º, enquadrando-se na alínea a*, já que o sujeito passivo também é militar da ativa.*

3ª) Sim, nos termos do § 4º do art. 125 da CF, a Justiça Militar Estadual julga policial militar.

Resultado: em princípio, crime militar, devendo o operador do Direito Penal Militar partir para a análise da antijuridicidade e da culpabilidade.

Exemplo 2: civil, membro de organização criminosa, ingressa em quartel da PM e com a pura e simples intenção de afetar o moral da tropa, desacreditando a força policial estadual, escolhe um soldado PM (no quartel de folga e fardado), praticando contra ele o crime de homicídio. Respondamos às questões:

1ª) Sim, há o tipo "homicídio" no art. 205 do CPM, e o crime contém igual definição no Código Penal.

2ª) Sim, por ter sido cometido por civil que almejava atingir a Corporação*, em lugar sujeito à Administração Militar, aplicamos a alínea* b *do*

inciso III do art. 9º.

3ª) Não, nos termos do § 4º do art. 125 da CF, a Justiça Militar Estadual não é competente para julgar civis.

Resultado: em princípio, crime comum, devendo o operador do Direito Penal Militar conduzir ou encaminhar o fato para as autoridades competentes, a exemplo do Delegado de Polícia.

Exemplo 3: civil, membro da instituição guerrilheira, ingressa em quartel do Exército Brasileiro e com a pura e simples intenção de afetar o moral da tropa, desacreditando as Forças Armadas, escolhe um soldado (de folga e fardado) praticando contra ele o crime de homicídio. Vejamos as respostas:

1ª) Sim, há o tipo "homicídio" no art. 205 do CPM, e o crime contém igual definição no Código Penal.

2ª) Sim, por ter sido cometido por civil que almejava atingir a Corporação, em lugar sujeito à Administração Militar, aplicamos a alínea b *do inciso III do art. 9º.*

3ª) Sim, nos termos do art. 124 da CF, a Justiça Militar Federal é competente para julgar qualquer pessoa que pratique crime militar.

Resultado: em princípio, crime militar, devendo o operador do Direito Penal Militar partir para a análise da antijuridicidade e da culpabilidade.

Exemplo 4: um soldado PM, de folga, é surpreendido em conjunção carnal com civil, encarregada da faxina do quartel, dentro do alojamento dos cabos e soldados. Nesse caso, vamos responder às questões:

1ª) Sim, há o tipo "ato libidinoso" no art. 235 do CPM, e o crime não contém igual definição no Código Penal, portanto os elementos do tipo que devem ser preenchidos estão na Parte Especial.

2ª) Sim, por não ter igual definição no Código Penal, aplicamos o inciso I do art. 9º, que não possui alíneas a serem analisadas.

3ª) Sim, nos termos do § 4º do art. 125 da CF, a Justiça Militar Estadual julga policial militar.

Resultado: em princípio, crime militar, devendo o operador do Direito Penal Militar partir para a análise da antijuridicidade e da culpabilidade.

Exemplo 5: um aluno da Escola Preparatória de Cadetes do Exército, com 17 anos de idade, na função de sentinela, mata alguém em repulsa a uma invasão armada daquela Unidade. Às questões, apenas averiguando a tipicidade, responderíamos:

1ª) Sim, há o tipo "homicídio" no art. 205 do CPM, e o crime contém igual definição no Código Penal.

2ª) Sim, por ter sido cometido por militar em serviço, aplicamos a alínea c *do inciso II do art. 9º.*

3ª) Não, como veremos ao tratar da imputabilidade, o menor de 18 anos é penalmente inimputável também no Direito Castrense.

Resultado: não haverá crime militar, mas, em princípio, ato infracional, devendo o operador do Direito Penal Militar partir para a análise da antijuridicidade e das demais causas de exclusão da culpabilidade (além da imputabilidade).

— Concurso de pessoas no Direito Penal Militar

Abordado com vagar o fato típico, parece-nos adequado, antes de ingressar na discussão da antijuridicidade, fazer alguns comentários ao concurso de pessoas, porquanto seu estudo está muito afeto à compreensão do tipo penal militar.

É primordial para o entendimento da matéria a ser exposta que se indiquem as teorias explicativas do conceito de autor. Nesse sentido, primorosa e concisa a lição de Duek Marques, ao expor que "o conceito de autoria em Direito Penal é entendido a partir de três teorias: a subjetiva causal ou extensiva, a formal objetiva ou restritiva ou do domínio do fato. Para a primeira, todos os agentes que dão causa ao evento são considerados autores, independentemente

de terem ou não praticado a ação descrita no tipo penal. Na segunda, são autores os que praticam os atos de execução previstos no tipo penal, enquanto os partícipes concorrem para o resultado do crime sem praticar, no todo ou em parte, a ação tipificada. A terceira, a teoria do domínio do fato, considera autor o agente que detém o controle da ação, embora possa não praticar atos executórios previstos no tipo penal”**[577]**.

O Código Penal Militar, como já visto, alinhado à teoria da equivalência dos antecedentes e com base no grafado no art. 53, adotou a primeira, ou seja, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”.

A adoção incondicionada da teoria extensiva poderia, entretanto, levar a soluções *injustas e intoleráveis***[578]**, razão por que o Código Penal Militar mitigou a teoria exposta, distinguindo em alguns dispositivos as figuras dos autores e partícipes**[579]**.

Pode parecer confuso e antagônico, mas podemos sintetizar em uma frase: para o conceito de autor, o CPM, em seu art. 53, adotou a teoria extensiva, mas, como em alguns pontos possibilita um apenamento diferente de acordo com a colaboração para o delito, é necessário conhecer a distinção entre autor e partícipe da teoria restritiva.

Vejamos a distinção entre autores (ou coautores) e partícipes.

Aproveitando agora as lições de Fernando Capez**[580]**, pode-se dizer que **autor** é aquele que realiza a conduta principal descrita no tipo incriminador, enquanto **partícipe** é aquele que, sem realizar a conduta descrita no tipo, concorre para sua realização.

Nesse contexto, quando duas ou mais pessoas praticarem a conduta descrita no tipo, teremos hipótese de **coautoria** e, de outra forma, quando uma pessoa pratica a conduta típica e outra (ou outras) a auxilia de qualquer forma, sem a prática da conduta descrita no crime, teremos hipótese de autoria, para a primeira, e **participação**, para a outra.

É fundamental que se ressalte que não há textualmente uma diferença, no que tange à aplicação da pena, entre o tratamento do autor (ou mesmo do

coautor) e do partícipe, podendo a pena dos dois ser a mesma, justamente pela adoção da teoria extensiva da autoria. Contudo, há certos casos em que a participação é tão tênue que a aplicação da mesma pena reservada ao autor mostrar-se-ia como solução extremamente injusta, buscando o CPM, a exemplo do CP, a solução na configuração de uma **participação de somenos importância**, com possibilidade de aplicação de pena atenuada.

Note-se que o CPM ao dispor sobre essa forma de participação, no § 3º do art. 53, primeiro, não diz o que é uma participação de somenos importância, ficando tal conceituação ao prudente entendimento do juiz (ou juízes, caso o julgamento seja pelo Conselho de Justiça), e, segundo, não define o *quantum* para a redução da pena, devendo-se lançar mão do art. 73 do mesmo Código, que o fixa entre um terço, redução máxima, e um quinto, redução mínima.

Um último assunto neste tópico merece nossa atenção, qual seja, o da chamada participação por omissão.

A exemplo do que ocorre no CP, o CPM, no § 2º do art. 29, dispõe que a omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, conferindo esse dever de evitação a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência. Trata-se da figura do garante ou garantidor, muito debatida no Direito Penal comum.

Pois bem, quando essa inação relevante deixa de obstar o curso causal de uma conduta praticada por um terceiro, o garante, na visão doutrinária majoritária, em relação à qual temos algumas reservas, como evidenciado em trabalho específico sobre o tema**[581]**, responderá pelo mesmo crime que o terceiro, porém na condição de partícipe por omissão. O terceiro será autor e o garante omitente será partícipe. Como exemplo, tome-se um Policial Militar que vê um estupro em andamento e, por qualquer razão, ainda que possa agir para impedir o crime, decide quedar-se inerte; ao omitir-se, tendo por lei obrigação de agir (garante), o Policial Militar passará a figurar no polo ativo do mesmo crime não obstado, ou seja, o terceiro (estuprador) será responsabilizado como autor de

estupro e o militar do Estado, como partícipe desse mesmo crime, e não por prevaricação, como muitos poderiam supor.

Passemos agora ao estudo dos requisitos para o reconhecimento do concurso de pessoas.

Anota Mirabete que o concurso de pessoas possui como requisitos para o seu reconhecimento a pluralidade de condutas, a relevância causal de cada uma das ações, o liame subjetivo entre os agentes e a identidade do fato[582].

Como ensina Capez[583], para que haja concurso de pessoas, exigem-se, no mínimo, duas condutas, quais sejam, duas principais, realizadas pelos autores, quando teremos a coautoria, ou uma principal e outra acessória, praticada, respectivamente, por autor e partícipe, quando estarão presentes a autoria e a participação. Caracteriza-se, assim, a necessidade de **pluralidade de condutas**.

Por certo, as condutas consideradas para o concurso de pessoas devem ter contribuído para o resultado, utilizando-se para essa detecção, nos crimes materiais, a técnica da eliminação hipotética, verificando-se a **relevância causal das condutas**.

O **liame subjetivo** é caracterizado pelo ajuste entre os concorrentes, ou seja, o assentimento em praticar o delito, sendo prescindível que esse liame seja celebrado antes do crime, podendo ocorrer durante a agressão ao bem jurídico, mas não após o crime, malgrado hajam relevantes vozes em sentido contrário. Basta, portanto, a consciência ou a vontade de cooperação formada antes ou durante a execução do crime. A pluralidade de condutas que contribuem para o crime desprovidas de liame subjetivo não significará concurso de pessoas, mas sim autoria colateral, circunstância em que poderá haver hipótese de autoria desconhecida. Em um exemplo, dois militares decidem, de comum acordo, matar uma pessoa, também militar da ativa; em determinado momento, ambos, com a vítima dominada, disparam suas armas atingindo-a mortalmente; com a execução dos trabalhos periciais para a apuração do crime, verifica-se que apenas um tiro atingiu a vítima, não podendo ser definido de qual arma partiu o tiro fatal; nesse caso como há liame subjetivo, formando-se o concurso de pessoas, não importará de onde partiu o tiro que matou a vítima, pois havia a

união de propósitos, não sendo caso de autoria desconhecida, mas de coautoria no crime de homicídio consumado; por outro lado, na mesma situação, porém se os autores não tivessem conhecimento um do outro, por exemplo, cada um escondido no telhado de prédios opostos, o fato de não identificar o tiro fatal importa em autoria desconhecida, ambos respondendo, em observância ao princípio da culpabilidade, por homicídio consumado.

Como consequência do concurso de pessoas, por adoção da teoria unitária como regra, todos os consortes deverão responder pelo mesmo delito, em uma **identidade de fato**. No entanto, há exceções no Código Penal Militar que podem ser identificadas como pontos de adoção da teoria pluralística, em que cada um dos consortes responderá por um delito próprio (ex.: corrupção passiva e ativa, arts. 308 e 309 do CPM).

O estudo do concurso de pessoas leva, inevitavelmente, à lembrança da classificação dos crimes de acordo com a exigência, ou não, de pluralidade de pessoas no polo ativo para a sua perpetração. Essa distinção, muito conhecida no Direito Penal comum, também pode ser, obviamente, utilizada no Direito Penal Militar.

Os crimes que não exigem essa pluralidade, ou seja, aqueles que podem ser perpetrados por apenas uma pessoa, são chamados de crimes **unissubjetivos**, ou **monossubjetivos** ou, ainda, **unilaterais.** Nesses crimes o concurso de pessoas é possível, embora não exigido, o que levou a doutrina a também chamá-los de crimes de concurso **eventual**. Como exemplo, tome-se o homicídio (art. 205 do CPM).

Por outro lado, há crimes que, por sua conceituação típica, exigem dois ou mais agentes para a sua prática, sendo necessário, portanto, o concurso de pessoas. São os chamados crimes **plurissubjetivos** ou de **concurso necessário**. São exemplos o motim e a revolta (art. 149, *caput*, e parágrafo único, do CPM), que possuem *condutas paralelas*, a pederastia ou outro ato de libidinagem (art. 235 do CPM), que apresentam *condutas convergentes* e a participação em rixa (art. 211 do CPM), que apresenta *condutas divergentes ou contrapostas*.

Por fim, não nos esqueçamos daqueles crimes que não admitem a coautoria, mas apenas a participação, como o caso do crime de falso testemunho

(art. 346 do CPM). Tais crimes são denominados **crimes de mão própria**.

O Código Penal Militar, também a exemplo do Código Penal comum, possui previsão acerca da comunicação de circunstâncias pessoais que, ao mesmo tempo, sejam elementares do tipo legal. São circunstâncias subjetivas do autor do fato que, uma vez grafadas no tipo penal e **conhecidas pelo codelinquente**, a ele se comunicarão.

Essa previsão está na segunda parte do § 1º do art. 53 do CPM, que dispõe que a punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade, e que as condições ou circunstâncias de caráter pessoal não se comunicam entre os codelinquentes, exceto se forem elementares do crime, ou seja, exigidas no tipo penal para a configuração do crime.

Eis aqui, como já verificamos, mais um exemplo em que o militar inativo poderá responder por crime militar que tenha a palavra "militar" grafada no tipo penal, já que em concurso com militar da ativa, e sabendo dessa condição, a terá comunicada a sua pessoa. Exemplificando, para o cometimento de motim, é necessário que estejam presentes, ao menos, dois militares da ativa; se um militar inativo, sabendo que está acompanhado de dois militares da ativa, pratica conduta descrita no art. 149 em conjunto, responderá pelo mesmo crime, em razão da comunicação das elementares.

Essa construção também pode ser aplicada a um civil, mas com a advertência de restrição à esfera federal, perante a Justiça Militar da União, já que firmamos a premissa de que civil, por não poder ser julgado pelas Justiças Militares Estaduais, não comete crime militar nesse âmbito.

Aproveitando ainda o caso do crime de motim, se observarmos o preceito secundário, há uma causa especial de aumento da pena em um terço para os *cabeças*, sendo necessário conhecer essa figura para a correta aplicação da lei penal militar.

Presente apenas em alguns crimes de concurso necessário – ao menos neles apenas é que há a consequência penal –, o Código Penal Militar traz a definição de *cabeças* nos §§ 4º e 5º do art. 53, segundo os quais *cabeças* são

aqueles que provocam ou instigam a ação delituosa em um crime de autoria coletiva, bem como o Oficial que, mesmo sem liderar, pratica tais delitos em companhia de inferiores. Na última condição também se enquadram os inferiores que desempenham a função de Oficial.

Deturpando essa regra, já presenciamos a afirmação de que o Oficial sempre será considerado *cabeça*, o que se demonstra inverídico. Em primeiro aporte, deve-se notar que é necessário que ele, o Oficial, tome parte no crime com outros de grau hierárquico inferior. Em segundo plano, note-se que é necessária a presença de, pelo menos, dois inferiores, visto que a norma se utiliza do termo no plural (*inferiores*). Por fim, como não há expressa limitação, para se obter a conceituação de superior ou de inferior, admite-se não só a compreensão de inferior hierárquico, mas também aquela exposta no art. 24 do Código Penal Militar, afeta a uma superioridade – portanto, também inferioridade – funcional.

Deve-se lembrar que a compreensão do concurso de pessoas trará, não só no caso dos cabeças em crimes de concurso necessário, mas também em outros delitos, um reflexo na aplicação da pena, porquanto existem algumas agravantes específicas para o concurso de pessoas.

Como veremos mais adiante, na aplicação da pena em Direito Penal Militar, assim postula a doutrina e anui a jurisprudência, o juiz (ou juízes em caso de escabinato) seguirá também o critério trifásico, pelo qual se utiliza das causas agravantes na segunda fase dessa operação.

Pois bem, o CPM, como o CP, apresenta, no § 2º do art. 53, agravantes específicas para o caso do concurso de pessoas. São elas:

1) promover ou organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais agentes, o que não se confunde com a figura do cabeça, presente em alguns crimes plurissubjetivos;

2) coagir outrem à execução material do crime;

3) instigar ou determinar que alguém sob sua autoridade cometa o crime, ou então ter a mesma conduta em relação a alguém não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

4) executar o crime, ou nele participar, mediante paga ou promessa de recompensa.

Logicamente, se as causas acima qualificarem o delito, como a motivação de homicídio mediante paga, não será aplicada a agravante respectiva, uma vez que o fato de ter qualificado o crime, verificado na primeira fase do critério trifásico, impossibilita a aplicação da agravante idêntica, sob pena de haver lesão ao princípio *non bis in idem*.

Aprenderemos a computar essas circunstâncias agravantes quando tratarmos da aplicação da pena.

Como o CPM neste ponto não quantifica a agravação, deve-se buscar a aplicação do art. 73 do mesmo diploma, possibilidade ausente no Código Penal comum.

Por fim, frise-se que não há no Código Penal Militar dispositivo próximo ao § 2º do art. 29 do Código Penal comum, que trata da cooperação dolosamente distinta, permitindo que aquele que concorra querendo participar de crime menos grave, possa ter a aplicação apenas da pena deste.

Para sanar essa lacuna, abandonando a fidelidade sistêmica do Código Castrense, poder-se-ia invocar o princípio da culpabilidade, postulando que sua aplicação impediria que os codelinquentes respondessem de forma idêntica se colaborassem causalmente de forma distinta. Para solucionar a omissão da lei penal militar, lançar-se-ia mão da analogia *in bonam partem*, aplicando-se a regra do Código Penal comum.

B) Tipo de injusto: a antijuridicidade

a) Escorço histórico

Pode-se, em primeiro aporte, dispor que a antijuridicidade consiste na "oposição entre a ação típica realizada e as exigências do ordenamento jurídico, o desvalor de um determinado fato humano, ao ferir uma norma de agir no ordenamento jurídico"**[584]**. Esse desvalor do fato, no entanto, não pode ser compreendido apenas em uma análise objetiva, mas também sob o prisma subjetivo, o que será muito mais claro quando do estudo das excludentes de

antijuridicidade.

A clareza vista nesse conceito, no entanto, não esteve sempre presente no estudo da antijuridicidade, somente sendo alcançada após o desenvolvimento de um conceito autônomo, divorciado da culpabilidade, surgindo, pois, a necessidade de se dedicar breve estudo ao desenvolvimento histórico do conceito.

A ideia de ilicitude (antijuridicidade) remonta à época de Justiniano, quando os romanos correspondiam a ela um conceito amplo, "significando 'in + jus = contra o direito'"**[585]**. Contudo, como lembra Bitencourt em impagável histórico do desenvolvimento da teoria da antijuridicidade, o marco inicial para a formulação de seu conceito autônomo foi trazido por Ihering, em 1867**[586]**.

Inerente a essa autonomia conceitual, teve-se a aceitação de uma contrariedade bipartida, ou seja, uma contrariedade objetiva, na qual se encontrava a antijuridicidade, e outra subjetiva, em que figurava a culpabilidade.

Essa dicotomia, acolhida pelos penalistas do século XIX, fomentou o desenvolvimento dos delineamentos da antijuridicidade e da culpabilidade, a ponto de separá-las, o que se desenvolveu pela primeira vez somente na segunda edição da obra de Von Liszt, em 1884**[587]**.

Portanto, em primeira análise, partindo de uma abordagem autônoma, a antijuridicidade apresentava conotações puramente objetivas, uma concepção objetiva segundo a qual o fato antijurídico deveria ser compreendido "como contradição à lei e não à vontade, consciência ou opinião do agente"**[588]**. Dá-se enfoque ao fato, e não à conduta do agente.

Contrapondo-se à concepção objetiva, surge a concepção subjetiva, segundo a qual no enfoque da antijuridicidade não se verificaria o evento em si, ou seja, estudo objetivo do fato, mas a ação causadora do evento. "O agente atua, justificado por uma causa excludente de ilicitude, se impulsionado pela vontade de agir como tal"**[589]**. Veja que neste ponto, como já suscitamos, a concepção subjetiva torna-se muito clara não no estudo do que é antijurídico, mas no estudo do que não é antijurídico, ou seja, o fato amparado por excludentes de antijuridicidade.

Finalmente, no século XX, alguns autores, como Jescheck, trouxeram à

baila uma concepção objetivo-subjetiva, segundo a qual o antijurídico passou a ser valorado nos momentos internos e externos, ou seja, a "ação só se torna ilícita se concretamente realizada em antagonismo aos valores impostos pelo Direito, e animada pelo conhecimento e pelo querer do agente"**[590]**. Em outros termos, a excludente de antijuridicidade verifica-se, primeiro, sob o aspecto objetivo, cotejando o fato com a norma. Uma vez encontrada a exclusão objetivamente, deve-se buscar a verificação se o agente, ao imprimir a ação objetivamente justificada, também tinha animicamente a vontade de agir sob esse amparo.

Importante alerta nos traz Telma Angélica Figueiredo, no sentido de não serem confundidas a antijuridicidade e a culpabilidade, adotando-se o viés da concepção objetivo-subjetiva. Assevera a autora que na antijuridicidade "identifica-se objetivamente o fazer e a norma, e subjetivamente o querer e a norma; o fato psicológico material e a norma e o fato perante a ordem jurídica. Na culpabilidade, analisa-se a relação entre o querer e o fato, entre o fato psicológico e o fato material, o fato perante o autor"**[591]**.

Assim, havendo conformação objetiva (o fazer e a norma) e subjetiva (o querer e a norma), a conduta estará justificada; havendo conformação objetiva (o fazer e a norma), mas não subjetiva (o querer e a norma), não haverá justificação de conduta, respondendo o agente pelo fato; finalmente, havendo conformação subjetiva, porém não objetiva, poderá haver exclusão da culpabilidade pela discriminante putativa, no Direito Penal Militar, matéria afeta ao erro de fato, em que será avaliado, em um terceiro momento (o primeiro e segundo momentos são, respectivamente, a análise da tipicidade e a da antijuridicidade), a relação entre o querer e o fato (fato psicológico e fato material).

b) Antijuridicidade, injusto e antinormatividade

Não há que confundir *antijuridicidade* com *injusto*, palavras consideradas sinônimas por alguns autores. Antijuridicidade é a contradição (objetivo-subjetiva) da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto (não somente com uma norma isolada)**[592]**. O injusto, por sua vez, é a ação efetivamente praticada que contrarie o ordenamento jurídico, ou seja, dotada de antijuridicidade. A conduta

típica e antijurídica compõe o injusto. Assim, arremata Bitencourt[593], a antijuridicidade é um predicado; o injusto, um substantivo.

Há também que ter em conta que Welzel distinguiu a antijuridicidade da antinormatividade[594]. Esta caracteriza-se pela realização da conduta típica abstratamente prevista pela lei penal, não necessariamente antijurídica. Nesse contexto, e. g., matar alguém, em regra, será conduta dotada de *antinormatividade*; poderá, contudo, não ter o predicado da antijuridicidade, que bastaria para caracterizá-la como crime, ao menos para os adeptos da teoria bipartida dos elementos estruturais do crime, que desconsideram a culpabilidade – lembrando-se que na estrutura causalista do Código Penal Militar, a culpabilidade integra o conceito de crime.

c) Antijuridicidade ou ilicitude?

Outro ponto a ser dissecado relaciona-se com a expressão "ilicitude", utilizada preferencialmente por alguns em lugar de antijuridicidade. Raciocínio lógico o de Assis Toledo ao postular que, por ser o delito uma ficção, uma conduta abstratamente prevista pelo Direito, não pode ser antijurídico.

Em linhas gerais, condensa o saudoso mestre que "o certo será, pois, dizer-se que o delito é um fato jurídico, classificado, em uma das ramificações deste, entre os denominados atos ilícitos. Podemos, portanto, atribuir-lhe correntemente, como fazem, aliás, os autores portugueses (dentre os quais Eduardo Correia, Figueiredo Dias e Cavaleiro de Ferreira), a ilicitude, sem incorrer naquela contradição apontada por Carnelutti"[595].

Essa divergência, ressalte-se, foi muito bem cunhada por Telma Angélica Figueiredo, em seu trabalho específico sobre a antijuridicidade do Direito Penal Militar. Para a autora, na "Língua Portuguesa, as palavras antijuridicidade e ilicitude consideram-se sinônimas pela maioria dos autores. Antijuridicidade advém da tradução, espanhola e italiana, do vocábulo alemão *rechsividrigkeit*. Carnelutti alerta à contradição quanto a conceituar delito como antijurídico, em se tratando de um fenômeno jurídico"[596].

Não é esse o entendimento de Bitencourt[597], que, para estar concatenado com a maioria dos doutrinadores europeus, prefere manter-se entre

aqueles que entendem o delito como caracterizado de antijuridicidade.

Não vemos, a exemplo do que postulamos ao tratar da tipicidade culposa, razão para alterar o que muito bem já foi explorado pela dogmática. Dessa forma, com a devida vênia, assentimos na proposição de Cezar Roberto Bitencourt.

d) Antijuridicidade penal e extrapenal

Ao discorrer sobre a ilicitude, acentua Francisco de Assis Toledo: "Enganam-se, pois, os que supõem, sem considerar que a ilicitude penal só existe enquanto típica, que a ilicitude é a mesma para o todo do direito"**[598]**. Nitidamente, portanto, o saudoso professor entende que a antijuridicidade não se traduz por uma única realidade, mas sim por uma ilicitude penal e uma extrapenal. Graficamente, representa seu postulado em círculos concêntricos, sendo afeto ao Direito Penal o de posição central e diminuta em relação aos outros (Direito Civil, Direito Administrativo etc.), o que demonstraria sua tese.

Tal posição, todavia, encontra resistência na doutrina. Para Bitencourt, a antijuridicidade é uma só para todo o Direito, existindo, entretanto, um injusto para cada ramo. Assim, um injusto administrativo teria elementos próprios, sobretudo no que tange à tipicidade; relativamente à antijuridicidade, porém, somente uma há que se verificar**[599]**.

No que concerne a essa distinção, entendemos que assiste razão a Assis Toledo. Considerar a antijuridicidade como única realidade seria negar a independência das esferas de direito.

Em sede disciplinar, v. g., os regulamentos disciplinares militares consagram expressamente as causas que excluem a antijuridicidade sob o título *causas de justificação* ou *causas justificantes*. Não obstante, alguns diplomas consignam que, em se verificando tais causas, não haverá pena, ou *não haverá aplicação de sanção disciplinar*, não diferenciando exatamente o campo de incidência sobre a antijuridicidade do campo de incidência sobre a culpabilidade.

Tome-se por base o que prevê o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo**[600]**, que consigna:

"Art. 34. Não haverá aplicação de sanção disciplinar quando for reconhecida qualquer das seguintes causas de justificação:

I – motivo de força maior ou caso fortuito, plenamente comprovados;

II – benefício do serviço, da preservação da ordem pública ou do interesse público;

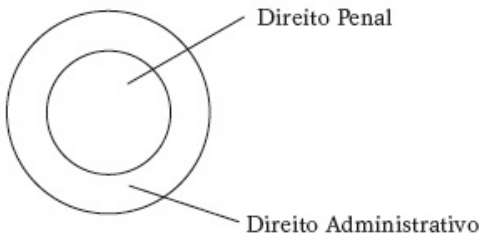
III – legítima defesa própria ou de outrem;

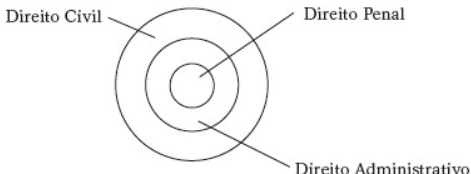
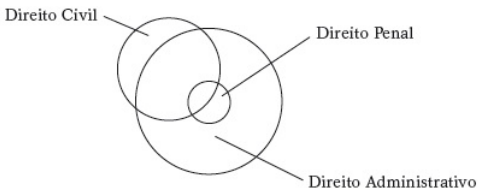
IV – obediência a ordem superior, desde que a ordem recebida não seja manifestamente ilegal;

V – uso de força para compelir o subordinado a cumprir rigorosamente o seu dever, no caso de perigo, necessidade urgente, calamidade pública ou manutenção da ordem e da disciplina".

Como se verifica, o diploma em questão considera, sob um mesmo título (causas de justificação), circunstância que, pela lei penal, exclui a antijuridicidade ao lado de circunstâncias outras, reconhecidamente excludentes ou mitigadoras de culpabilidade, nos diplomas penais.

Dessa forma, respeitando a autonomia das esferas de direito a fomentar a tríplice responsabilidade do militar (penal e administrativa, aqui tratadas, somadas à civil), é perfeitamente admissível falar em *injusto penal* e *injusto administrativo*, o que conduz a uma antijuridicidade penal e outra extrapenal, isso ao considerarmos injusto como *tipicidade antijurídica*.

Graficamente, portanto, teríamos:

No que concerne à responsabilidade civil, também a entendemos como autônoma, fomentada por elementos próprios. Não nos parece, todavia – e aqui divergimos de Assis Toledo –, representar ela outro círculo, mais amplo e com o mesmo centro da responsabilidade penal. Em outras palavras, não é concêntrica à responsabilidade penal ou administrativa. Facilmente se pode demonstrar o aqui afirmado se lembrarmos de que há infrações administrativo-disciplinares que não necessariamente devem gerar consequência civil, v. g., não prestar continência ao superior. Em via oposta, e comprovando o alegado, há ilícitos civis que não necessariamente devem gerar responsabilidade administrativo-disciplinar, como o militar que gera dano a outrem culposamente em pequeno acidente de trânsito, no interior de um condomínio.

Para melhor sedimentar, representamos graficamente, iniciando pelo que se deduz dos ensinamentos de Assis Toledo:

Vejamos, por fim, a tríplice responsabilidade como a proposta que se apresenta:

Uma última observação que se deve ter presente diz respeito ao ilícito de improbidade administrativa. Para a totalidade da doutrina, não se trata de ilícito penal; para alguns, também se diferencia da infração disciplinar**[601]**. Há segmento, por essa visão, que entende ter surgido, com a edição da Lei federal n. 8.429/92, uma quarta esfera de responsabilidade, alterando-se parcialmente a representação gráfica proposta.

e) Antijuridicidade material e formal**[602]**

Decorrente do positivismo sociológico, em contraposição ao positivismo jurídico, como ensina Mirabete, surge o conceito de *antijuridicidade*

material, ou *substancial*, que busca delimitar como *antijurídica* não a conduta que apenas contrarie o ordenamento (*antijuridicidade formal*), mas aquela que tenha relevante danosidade social a ponto de ser considerada, em sua essência, antijurídica**[603]**.

Como muito bem assinala Bitencourt, a "antijuridicidade material se constitui da lesão produzida pelo comportamento humano que fere o interesse jurídico protegido, isto é, além da contradição da conduta praticada com a previsão da norma é necessário que o bem jurídico protegido sofra a ofensa ou a ameaça potencializada pelo comportamento desajustado"**[604]**. Prossegue asseverando que, ao se admitir a antijuridicidade material, importantes consequências evidenciar-se-ão, a saber, a possibilidade de admissão de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, a despenalização de fatos desprovidos atualmente de lesividade ao bem jurídico e a exclusão do injusto dos delitos tidos por insignificantes**[605]**.

f) Desvalor da ação e desvalor do resultado

Para a configuração da antijuridicidade há nitidamente um desvalor do resultado, sobretudo se se considerar a antijuridicidade material, diretamente ligada à lesividade do bem jurídico.

Entretanto, em modernos contornos, assente-se que o modo de produção desse resultado também é valorado, decorrendo ainda de seu desvalor a caracterização da antijuridicidade. Em outras palavras, há na antijuridicidade também o desvalor da ação.

O desvalor da ação guarda estreita relação com o elemento subjetivo específico do injusto, porquanto é esse o evidenciador, ao menos no plano abstrato, da finalidade mais íntima da ação lesiva. Por essa razão, e. g., nem toda lesão à propriedade de imóveis (resultado) constitui o injusto típico, mas somente a lesão (entenda-se ocupação) à qual se procedeu com violência ou intimidação à pessoa (art. 161 do CP)**[606]**.

Não só o elemento externo da ação do autor compõe a ação dotada de valoração negativa. Acrescenta Bitencourt que as *circunstâncias pessoais do autor* também devem ser integrantes do desvalor a fim de compor a

antijuridicidade[607].

Os *componentes pessoais*, integrantes do desvalor da ação, podem ser classificados na seguinte conformidade: a) *dolo, natural, como componente típico* (vontade de ação dirigida contra o mandamento normativo – uma ação praticada com dolo intenso será muito mais desvaliosa); b) *elementos subjetivos de autoria* (componentes subjetivos que valorizam a posição do autor da infração, aumentando ou diminuindo a lesão do dever infringido); e c) *elementos subjetivos do injusto* (definem com mais precisão a direção da vontade do autor da ação lesiva ao bem jurídico – com eles, acentua-se o desvalor interno do agente a respeito do aspecto externo, descrito no tipo penal)[608]. Chamamos a atenção para os *elementos subjetivos de autoria*, pois os entendemos muito importantes em relação à composição da antijuridicidade do crime militar.

Já afirmamos que, por paradoxal que possa parecer, a aplicação do Direito Penal Militar redunda em menor intervenção no corpo social, porquanto o apenamento do militar criminoso levará os servidores militares a assimilar o reforço dos valores contidos nas normas incriminadoras, exaltando a prevenção geral positiva como a preponderante finalidade da pena em Direito Penal militar. É dizer que, sabendo estar sob os olhos atentos de um Direito Penal militar eficiente, o servidor militar, que pode em extremadas circunstâncias turbar direitos individuais, será cauteloso em seu atuar, o que significa, inevitavelmente, redução de condutas autoritárias desmedidas.

A essa constatação, em favor de um Direito Penal militar mais eficiente, some-se a maior reprovabilidade de uma ação típica quando o sujeito ativo for um militar, aquele que tem como mister de sua profissão proteger o Estado de Direito soberano, democrático e social. Conclui-se, nesse diapasão, que uma conduta infracional, ao ser perpetrada por aquele que tem o dever legal de proteger o império da lei, eleva-se em reprovação, se comparada à conduta de qualquer do povo. Por essa razão, os *elementos subjetivos de autoria* ganham destaque na antijuridicidade, em se tratando de crime militar perpetrado por militar.

Por derradeiro destacamos que, em face dessa dupla valoração, a doutrina vem discutindo qual elemento deve preponderar na composição da

antijuridicidade: o desvalor do resultado ou o da ação. Há notáveis vozes em ambos os polos, o que não poderia deixar de fomentar posição equidistante, segundo a qual não há preponderância, devendo haver relativa harmonia entre os dois, pois o ordenamento jurídico valora a ambos, um com função seletiva (desvalor da ação – definindo quais condutas são intoleráveis ao Direito Penal) e outro com função substancial (desvalor do resultado – definindo quais lesões merecem reflexo penal).

g) Excludentes de antijuridicidade no Código Penal Militar

Importa ter em conta que a doutrina utiliza expressões várias para designar aquelas hipóteses que afastam a antijuridicidade da conduta. Dessa forma, temos causas de justificação, excludentes de antijuridicidade, de ilicitude e de crime, causas justificantes etc.

Como as designações acima apontam, trata-se de circunstâncias que excluem, afastam a antijuridicidade, podendo ser, para alguns, somente as enumeradas no Código Penal (tanto na Parte Geral como na Parte Especial), ou, para respeitáveis doutrinadores aos quais nos alinhamos, as consignadas na lei penal (também Parte Geral e Parte Especial) acrescidas de *causas supralegais*, como o consentimento do ofendido.

A antijuridicidade, tal qual a tipicidade, deve obedecer à conformação objetiva e subjetiva, como já dispusemos acima. Tal consideração fica evidente ao analisarmos as causas justificantes, havendo a necessidade de preenchimento de uma tipicidade permissiva subjetiva, que nada mais é que uma causa excludente de antijuridicidade. Nesse sentido, e. g., só agirá em legítima defesa quem o fizer com *animus defendendi*, pois a presença do elemento subjetivo afasta o desvalor da ação, já que o agente atua conforme o direito**[609]**.

Feitas as considerações preliminares acerca das excludentes de antijuridicidade, passemos ao seu estudo mais detalhado.

— Estado de necessidade

A doutrina pensa o estado de necessidade sob três diferentes pontos de vista: “primeiro, como espaço livre do direito, caracterizado pela renúncia do ordenamento jurídico à disciplina de conflitos insolúveis; segundo, como

justificação de conduta típica, fundada na preponderância do bem jurídico protegido; terceiro, como exculpação de conduta antijurídica, fundada na inexigibilidade de comportamento conforme ao direito**[610]**.

Partindo dessas possibilidades, surgem modernamente duas teorias a explicar a natureza jurídica do estado de necessidade: a *unitária* e a *diferenciadora*.

A *teoria unitária* ou *monista* sustenta que o estado de necessidade terá apenas a natureza justificante, independentemente da valoração dos bens a serem sacrificados, não levando em consideração a supremacia do bem protegido em relação ao sacrificado, e vice-versa. Há, ainda, setor da *teoria monista* que afirma que o estado de necessidade, em verdade, possui efeitos exculpantes, também independentemente da valoração de bens. A lei penal comum consagrou o efeito justificante, conforme consigna o art. 23, I, do CP.

Já a "teoria diferenciadora atribui ao estado de necessidade, alternativa e simultaneamente, efeitos justificante e exculpante"**[611]**. Foi a teoria adotada pelo Código Penal comum de 1969, revogado antes de entrar em vigor, e é a adotada pela legislação penal alemã e pelo nosso Código Penal Militar.

Dessa forma, contrapondo-se à teoria unitária, adotada pela nova Parte Geral do Código Penal comum, o Código Penal Militar adota a *teoria diferenciadora*, consagrando o estado de necessidade exculpante e justificante. Dispõe o art. 39 do CPM: "Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa" (estado de necessidade exculpante), ao passo que o art. 42 do referido Código consigna não haver crime quando o fato é praticado em estado de necessidade, compreendido este, para efeitos justificantes, conforme o art. 43, que considera em estado de necessidade "quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo".

Nitidamente se pode perceber que a principal diferença entre eles está na supremacia ou não do bem sacrificado em relação àquele que se pretendia proteger. Em outras palavras, caracteriza-se o estado de necessidade quando alguém, para proteger um bem jurídico, acaba por sacrificar outro bem juridicamente tutelado, e a comparação entre o bem sacrificado e o protegido dará a classificação do fato como abrangido por estado de necessidade exculpante ou justificante. Nas duas situações, o estado de necessidade compreende sempre "uma colisão de bens, interesses – direitos tutelados pela lei – por achar-se o agente em situação de necessidade, em virtude dos mais diversos motivos, a exemplo da conduta humana, fato de animal, ou forças naturais"**[612]**.

Acerca do estado de necessidade exculpante discorreremos ao tratar da culpabilidade.

No caso em que o bem sacrificado for inferior ao protegido, estaremos diante não de uma excludente de *culpabilidade*, mas sim de *antijuridicidade*, consignando o Código que não haverá crime cometido.

Passemos a analisar os requisitos do estado de necessidade excludente de antijuridicidade.

O perigo é "definido pela grande probabilidade de lesão do bem jurídico ameaçado, segundo o juízo objetivo *ex ante* de um observador inteligente"**[613]**. Perigo, portanto, significa possível lesão ao bem jurídico que se pretende proteger, aferido pelo juízo de uma pessoa inteligente do círculo social do autor, munido dos conhecimentos específicos da situação que possuía o agente no momento de sua ação. Com essa observação inteligente, chegar-se-á à conclusão de que o perigo era certo, preenchendo um dos elementos do *tipo permissivo* em estudo. Entendemos que esse perigo, portanto, deve ser enxergado sob o enfoque de uma teoria objetiva e subjetiva (mista). Em outros termos, para que se reconheça o estado de necessidade, deve-se verificar a ocorrência possível de um fenômeno material lesivo ao bem ou direito protegido e, também, a existência de uma situação lesiva na representação mental do agente do fato necessário. Mais uma vez repetimos que, havendo conformação objetiva e subjetiva, a conduta estará justificada; havendo conformação objetiva, mas não

subjetiva, não haverá justificação de conduta, respondendo o agente pelo fato; finalmente, havendo conformação subjetiva, porém não objetiva, poderá haver exclusão da culpabilidade pela discriminante putativa. A compreensão mental do perigo, obviamente, integra a formação da conformação subjetiva, ou seja, se o agente do fato necessário não souber do risco ao bem jurídico que protege com sua ação, não saberá estar em estado de necessidade.

A atualidade desse perigo deve ser comprovada pela necessidade *imediata* de proteção, ou seja, a constatação, também pelo juízo de pessoa inteligente, de que a não ação naquele momento ensejaria maior risco ou efetivo dano ao bem jurídico. Note-se que a lei, expressamente, só se refere a perigo atual, não mencionando, ao contrário do que faz com a injusta agressão na legítima defesa, o perigo iminente. Essa literalidade, entretanto, não merece guarida, porquanto a atualidade ou iminência do perigo, muitas vezes, dependerá da análise subjetiva de quem avalia o fato, sendo conveniente postular aqui a possibilidade de invocar o estado de necessidade para perigo atual ou **iminente.** Nesse sentido, preciosas as lições de Magalhães Noronha ao entender a atualidade do perigo como *probabilidade de ofensa ou lesão ao bem jurídico*, nisso compreendendo o perigo atual ou iminente**[614]**.

A propósito desse bem jurídico, como se deduz da simples leitura, é indiferente para o tipo que pertença ao próprio autor ou a terceiro; por outro lado, é fundamental que o agente não tenha gerado o risco ao bem jurídico. Existem fortes discussões doutrinárias sobre esse ponto, havendo quem entenda que a mera voluntariedade na geração de risco ao bem jurídico afastaria o estado de necessidade. Por essa vertente, quem gera, ainda que culposamente, o risco para o bem jurídico não pode invocar o estado de necessidade. Nesse sentido Telma Angélica Figueiredo aduz que a "lei penal militar, conforme orientação da época da doutrina brasileira, abraça a teoria da voluntariedade do perigo, como intencionalidade. Por essa teoria, o agente só pode recorrer à excludente de ilicitude e culpabilidade do estado de necessidade, se não houver concorrido voluntária ou culposamente para o evento"**[615]** .

Não deve ser essa, com a devida vênia, a compreensão atual do dispositivo em análise. Com efeito, a redação dada pelo Código Penal comum, ao consignar a expressão "que não provocou por sua vontade", no art. 24, mostra-se

mais adequada que o artigo correlato no Código Penal Militar. Parece-nos lógico, todavia, que, segundo o modo de ver da moderna dogmática, permeada pela ação com intenção final, o dispositivo deve ser entendido à luz do dolo. Em outras palavras, somente não poderá invocar o estado de necessidade aquele que provocar *dolosamente* o risco ao bem jurídico. Nesse sentido, com maestria diz Cirino dos Santos que o "perigo deve ser involuntário, ou seja, não pode ser provocado intencionalmente pelo autor para proteção pessoal à custa do outro, mas admite produção imprudente, porque a limitação legal se restringe à vontade própria, e a antiga sentença 'quem cria perigo, morra por isso' está ultrapassada"**[616]**.

Versa ainda o tipo do estado de necessidade *justificante* que para sua invocação é necessário que o perigo não tenha sido possível de evitar por outro modo, conforme o direito. A lesão ao bem jurídico sacrificado, em outros termos, era necessária para a proteção do outro bem que se protegeu, o que exige que o "meio utilizado seja apropriado para evitar o perigo, excluindo agressões inúteis a bens jurídicos alheios, porque se o estado de necessidade é constituído pela existência de um perigo (atual, involuntário e inevitável sem lesão), então a justificação consiste, precisamente, na eliminação desse perigo, podendo e devendo o autor (ao contrário da legítima defesa) considerar todas as alternativas possíveis para evitar o perigo, inclusive a ajuda de terceiros e, na hipótese de intervenção em bens jurídicos alheios, utilizar os meios menos danosos"**[617]**. Surge, pois o requisito da *inevitabilidade*, ou seja, a conduta típica do agente do fato necessário deve ser a única maneira de evitar o dano ao bem ou direito protegido por sua ação**[618]**.

Não pode invocar estado de necessidade quem tem obrigação de arrostar o perigo, o que constitui obrigação especial de dever. Esta pode ser constatada, e. g., quando houver dever jurídico especial de *proteção à comunidade*, como no caso de policiais militares e bombeiros militares.

Deve-se lembrar, no entanto, que o dever legal de enfrentar o perigo não é absoluto, cessando, por exemplo, em face da certeza ou de alta probabilidade de morte ou de lesão do agente, uma vez que o Direito, como aduz Cirino dos Santos, "não pode exigir renúncia à vida ou a aceitação de graves

lesões à saúde ou ao corpo”[619]. Essa também a visão de Guilherme Nucci, o qual, embora admita que o dever de que trata a lei deva ser compreendido em sentido lato (alcançando não só o policial, mas também o segurança particular, p. ex.), afirma com agudeza que “não se exige da pessoa encarregada de enfrentar o perigo qualquer ato de heroísmo ou abdicação de direitos fundamentais, de forma que o bombeiro não está obrigado a se matar, em um incêndio, para salvar terceiros, nem o policial a enfrentar perigo irracional... A finalidade do dispositivo é evitar que pessoas obrigadas a vivenciar situações de perigo, ao menor sinal de risco, se furtem ao seu compromisso”[620].

Alinhando-se à teoria diferenciadora, por fim, o Código Penal Militar, para reconhecer a exclusão da *antijuridicidade* exige que o *bem sacrificado seja inferior ao bem protegido*. A grande questão está exatamente em aferir a grandeza dos bens envolvidos. Longe de querer tornar a questão exclusivamente objetiva, podemos tentar clarear essa definição de acordo com a avaliação de alguns critérios, dos quais entendemos como mais importante a ponderação dos bens jurídicos envolvidos, vida em relação ao patrimônio, por exemplo, estando justificada a subtração de um veículo para salvar a vida de outrem (um critério qualitativo). Também é possível chegar a uma conclusão quando se possui conflito de bens de mesma espécie, mas em quantidades diferentes, a exemplo da preservação de várias vidas, com o sacrifício de uma (critério quantitativo), como no caso do Comandante que sacrifica um destacamento de militares, que vai à frente da tropa, para salvar o restante de seu efetivo[621] – lembrando-se que no critério de vida por vida, vistas singularmente, teríamos bens em conflitos iguais, o que levaria à exculpação, e não à justificação de conduta, visto que uma vida não vale mais que outra. Em certos casos, ainda que muito arriscado em face da inconstância e da inflação penal que comanda a política criminal dos dias atuais, a pena cominada pode indicar qual bem jurídico é preponderante, mas deve-se ter em mente que esse critério pode levar a equívocos em face de um descompasso entre a grandeza de valores trazida pela lei e aquela verificada em concreto, de acordo com a concepção sociocultural do momento do delito. Pode haver, em outros termos, um descompasso entre o processo legislativo e o processo social[622].

Os casos acima descritos, note-se, são dotados de clareza ímpar, nem

sempre verificada na situação fática em análise, o que leva à conclusão de que a adoção de um critério qualitativo puro ("patrimônio vale menos que a vida") ou quantitativo puro ("duas vidas valem mais que uma") constitui-se em premissa que pode ser afastada no caso concreto, devendo, em verdade, o aplicador da lei penal militar "comparar os bens não só diante da fria disposição legal, como também de acordo com o tempo, o lugar, normas de cultura, modalidade da conduta, do meio ambiental em que se deu o conflito"**[623]**. Apenas para exemplificar um caso em que o critério qualitativo não será tão óbvio, tome-se uma situação excepcional em que bens materiais prevalecerão sobre a vida humana, como o caso de uma Unidade Militar que em campanha constituirá, na sua universalidade, bem maior que a vida de um soldado ou marinheiro**[624]**. Deve-se, ainda, ter em mente que para o "Direito Penal Militar, em razão de sua especificidade, a Pátria revela-se como bem superior à vida e à liberdade. Ao cumprir sua missão constitucional – a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constituídos – o militar renuncia à própria vida"**[625]**. O mesmo se verifica no sopesamento entre o serviço militar de preservação da ordem pública, procedido pelos militares estaduais, que em situações excepcionais poderá sobrepor-se à vida e à liberdade.

Como dissemos, as excludentes exigem conformação subjetiva do agente, ou seja, não basta, para que se reconheça a exclusão, que o agente esteja objetivamente agindo em uma excludente, mas é exigida alguma crença interna na ocorrência dessa circunstância.

O estado de necessidade, portanto, além de preencher os requisitos já apontados, deve, para ser reconhecido, apresentar os elementos subjetivos, traduzidos pelo conhecimento do autor da situação justificante (perigo certo, atual, involuntário e inevitável por outro modo) e pela vontade real do agente em proteger o bem jurídico ameaçado. Por exemplo, imaginemos um militar que decida furtar um veículo no interior de um quartel, executando sua ação com o *animus furandi*; após realizar a conduta típica, já tendo a posse tranquila do veículo, percebe que no banco traseiro há uma pessoa ferida, com intensa hemorragia que carece de cuidados médicos, decidindo o furtador, então, dirigir-se a um hospital para fomentar os cuidados médicos ao sujeito ferido; objetivamente, no momento em que subtraiu o veículo, já havia a situação fática

em desenvolvimento, ou seja, alguém com risco de morte que careceria de cuidados médicos urgentes; todavia, internamente, ao praticar essa ação de subtração o militar não sabia da existência do perigo atual à vida, portanto, subjetivamente, não estava em estado de necessidade, o que, é claro, será muito pouco provável que se demonstre pelas provas nos autos, mas vale, obviamente, como um bom exemplo teórico.

Em sua obra, Jorge César de Assis enumera sinteticamente alguns requisitos para o estado de necessidade justificante**[626]**, os quais passamos a mencionar com as complementações que nos parecem adequadas:

a) perigo de lesão a um bem jurídico que o agente não provocou dolosamente nem podia de outro modo evitar;

b) inevitabilidade da lesão ao bem próprio ou de outrem (perigo certo e atual ou iminente);

c) conflito entre bens protegidos pela ordem jurídica;

d) balanceamento dos bens e deveres em conflito, devendo-se reconhecer a justificação de conduta quando o bem sacrificado for inferior ao bem protegido pela atuação do agente do fato necessário;

e) elemento subjetivo do agente, ou seja, o seu agir visando salvar bem ameaçado;

f) inexigibilidade de dever do agente em enfrentar o perigo; militares, policiais e bombeiros têm o dever de enfrentar o perigo – *dever jurídico de agir* –, que deve ser verificado, no caso concreto, se era realmente exigível o sacrifício de bem jurídico do agente, já que o Direito não pode exigir renúncia à vida ou a aceitação de graves lesões à saúde ou ao corpo.

Por derradeiro, devemos destacar que o estado de necessidade justificante pode ser defensivo ou agressivo.

Defensivo quando o ato é dirigido contra aquilo que está causando o perigo, como utilizar um pedaço de madeira para defender-se do ataque de um cachorro.

É *agressivo*, por sua vez, quando não dirigido contra a coisa que está ofendendo, mas sim para salvaguardar outro direito. E. g., apropriar-se de carro de terceiro para socorrer parturiente.

Importante ressaltar que no estado de necessidade justificante defensivo não haverá dever de reparação do dano, conforme previsão do inciso II do art. 188 c/c o art. 929 do Código Civil, *in verbis*:

"Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente".

"Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram."

— Legítima defesa

O Direito brasileiro já consagrava a legítima defesa no Código Criminal do Império, cujo art. 14 previa tal instituto expressamente.

Funda-se o instituto em dois princípios fundamentais, a saber: o *princípio da proteção individual*, que justifica ações típicas necessárias para defesa de bens jurídicos individuais contra agressões antijurídicas, atuais ou iminentes; e o *princípio da afirmação do direito*, que justifica defesas necessárias para prevenir ou repelir o injusto, preservando a ordem jurídica, mesmo que haja meios alternativos de proteção, já que o direito não pode ceder ao injusto e o agredido não precisa fugir do agressor (com exceção de agressões não dolosas, de lesões insignificantes ou de ações de incapazes)**[627]**. A propósito deste último fundamento, notória a diferença em relação ao estado de necessidade, já que nele se tem por requisito a inevitabilidade de lesão ao bem jurídico protegido, devendo o autor do fato necessário verificar se não há outra forma de repulsar o perigo e de atuar, inclusive a fuga, enquanto na legítima defesa não se questiona essa situação, pois, como dito, o direito não pode retroceder perante o injusto.

Vejamos o que diz o tipo permissivo para, então, analisar seus elementos:

"Art. 44. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".

A situação justificante na legítima defesa, como se pode denotar, caracteriza-se pela existência de agressão injusta, atual ou iminente, a um direito próprio ou alheio.

Agressão restringe-se a ação humana, ainda que de inimputável, individual ou coletiva (multidão)**[628]**, dotada de violência real ou ameaça, dirigida a afetar bem jurídico do próprio agredido ou alheio, pertencente a pessoa física ou jurídica. Dessa premissa já se excluem os fatos desencadeados por animais e as chamadas não ações de seres humanos, resultantes de ataques epiléticos ou de estado de inconsciência (sono, desmaio etc.). Tais fatos, todavia, podem ser repelidos à luz do estado de necessidade, já analisado.

Injusta é a agressão antijurídica, contrária ao direito, não provocada pelo agredido. Por essa construção, portanto, não pode ocorrer legítima defesa de uma agressão oriunda de legítima defesa ou de estado de necessidade justificante, podendo, porém, em face de uma agressão amparada pelo estado de necessidade exculpante. Para tornar clara a afirmação, temos os seguintes exemplos:

1) imaginemos um militar *A* que, no interior do quartel, decida subtrair um veículo para socorrer uma pessoa que está em risco de morte; ao colocar em marcha seu plano, é surpreendido pelo proprietário do veículo, militar *B*, que, alheio ao fato da prestação de socorro, dá um soco no militar *A*; o militar *A* estava em estado de necessidade e *B*, portanto, ao impedir a agressão ao seu patrimônio de forma proporcional, repulsou uma conduta justa, e não injusta, não podendo estar amparado pela legítima defesa, e sim pelo estado de necessidade; deve-se lembrar que, embora não exata, houve conformação subjetiva da causa justificante por *B*, já que conhecia o perigo ao bem jurídico, e o queria repelir, o que levaria ao reconhecimento do estado de necessidade ("estado de necessidade

em face de conduta justificada também por estado de necessidade");

2) no Direito Penal comum, adotando-se a teoria unitária do estado de necessidade, sempre haverá, quando reconhecida a excludente, a justificação de conduta, o que a torna lícita; assim, se dois náufragos, *A* e *B*, lutam pela tábua da salvação, que dará sustentação a apenas um deles, e *A* empurra *B* para longe da tábua, o qual, por sua vez, atinge a cabeça de *A* com objeto contundente para ficar com a tábua, vindo *A* a falecer, diremos que *A* ao empurrar *B* para a morte, estava em estado de necessidade, portanto, em ação justificada pela excludente, o que leva a reação de *B* – agressão por objeto contundente a *A* – a uma repulsa à agressão justa, e não injusta, de *A*, não se enquadrando, pois, na definição de legítima defesa, e sim de estado de necessidade; assim teríamos a conduta de *B* justificada pelo estado de necessidade, e não pela legítima defesa ("estado de necessidade em face de conduta justificada também por estado de necessidade"). O mesmo exemplo, todavia, no Direito Penal Militar, teria outra conformação; o Código Penal Castrense adotou a teoria diferenciadora, de sorte que o conflito entre bens iguais não autoriza a justificação de conduta, e sim a sua exculpação; assim, se os náufragos fossem militares da ativa, *A* ao empurrar *B*, não estaria em estado de necessidade justificante, mas exculpante, sendo sua conduta injusta, ou seja, será fato típico e antijurídico, mas não culpável pelo estado de necessidade exculpante; *B*, ao reagir à conduta de *A*, portanto, estará na prática de uma repulsa a uma agressão injusta de *A*, em legítima defesa, dessarte.

Atual é a agressão em realização, enquanto *iminente* é a agressão prestes a ser desencadeada. Note-se que o tipo agrega indistintamente tanto uma como outra, ou seja, será conforme ao direito a ação que busque repelir tanto a agressão em realização quanto a agressão na iminência de ser perpetrada, desde que sejam injustas. Para definir o momento em que a agressão é iminente, entendemos correta a aferição de uma fase intermediária entre o momento final da preparação da agressão e o início da tentativa, de modo que a refuta à agressão seja eficaz, sem risco ao bem jurídico**[629]**. Caso a repulsa seja a uma agressão finda, "não se apresentará como defesa legítima, por já se ter efetivada a lesão e produzido um resultado; nessa circunstância, não existe uma agressão

atual, e sim uma vingança, pois não houve defesa do injusto"[630]. Poderá ocorrer, entretanto, a legítima defesa sucessiva, como se dá quando alguém se defende do excesso de legítima defesa anterior, a exemplo do ladrão que, já neutralizado, reage à sua execução prestes a ocorrer por aquele que o deteve. Também não haverá legítima defesa em face de agressão futura, se não for ao menos iminente, não nos aprazendo a visão de que os ofendículos são legítima defesa preordenada. Ofendículos, vale lembrar, são aparatos visíveis destinados à defesa, geralmente, da propriedade (ex.: cerca eletrificada, lança no portão da casa, caco de vidro no muro, animais etc.). Diferem das defesas mecânicas predispostas, que são ocultas, carecendo de alerta, aviso (alçapão, fosso etc.). Existem os que entendem serem os ofendículos e as defesas mecânicas predispostas uma legítima defesa preordenada, parecendo-nos mais correto, entretanto, sustentar que a utilização dessas defesas é amparada, desde que observada a proporcionalidade, pelo exercício regular de um direito. Não mais se admite, em adição, a presunção de legítima defesa, como ocorria no Direito Romano, em que a noite autorizava a legítima defesa presumida em favor "daquele que matasse um ladrão, quando surpreendido furtando, pelo justo receio de seu ataque"[631].

O direito protegido pode ser do próprio agredido ou de terceiro, valendo ressaltar que todos os bens jurídicos *individuais* são passíveis de proteção pela legítima defesa, como a vida, o patrimônio, a honra etc. O que limita essa atuação, portanto, não é o bem envolvido, mas sim a proporcionalidade, grafada pela moderação dos meios empregados, entre o bem que se protege da agressão e o afetado pela ação de repulsa à agressão. A proporcionalidade no Direito Penal Militar, no entanto, também deve ser aferida no caso concreto, visto que "a vida de caserna impõe, ao militar, condutas que ultrapassem o limite da moderação e proporção, e, mesmo assim, presente está a legítima defesa"[632]. Como exemplo da aplicação dessa concepção, tomemos o cônjuge traído por sua esposa, imaginando que ambos sejam militares da ativa e residam em vila militar no interior do quartel, para trazer o problema para o Direito Penal Militar; o cônjuge traído será visto como o maculado, aquele que teve a sua reputação manchada, e, se nada fizer no exato momento em que ocorre a traição, será rotulado como alguém "sem sangue nas veias", um "frouxo", sendo admissível, portanto, que, em defesa de sua honra objetiva e para preservar os laços

familiares, use de moderada força para manter e restaurar a higidez de sua imagem, podendo, por exemplo, expulsar o amante da esposa para fora de casa com emprego de força física, sem que responda, por amparo da legítima defesa, por lesões corporais; mas não se deve, há de se firmar, tolerar o homicídio para essa defesa**[633]**.

A restrição à legítima defesa pela moderação dos meios empregados redundando em proporcional reação, deve-se alertar, não encontra respaldo unânime; é possível encontrar aqueles que defendem essa excludente sem limites de moderação. Criticando a doutrina reinante de sua época, por exemplo, Ihering enxergava na legítima defesa a expressão da luta necessária para a conquista dos direitos, portanto, uma reação que não se poderia limitar tão facilmente, consistindo em um dever do indivíduo não só para consigo, mas também para com a coletividade, que teria o direito (bem ou valor) defendido ressaltado e incorporado ao seu Direito. Vejamos sucintamente seu raciocínio, que começa pela exposição da visão dominante na época, para depois criticá-la:

"Ao homem estranho ao direito custará acreditar que esta falha parcial do direito que atribuímos à falsa doutrina dos teóricos do direito civil e do processo fosse ainda suscetível de uma agravação, e no entanto é ainda excedida por uma aberração de certos criminalistas antigos que pode designar-se francamente como um atentado contra a ideia do direito e como a mais afrontosa ofensa contra o sentimento jurídico que jamais a ciência cometeu.

Quero falar da indigna restrição do direito de legítima defesa, deste direito, primordial do homem, que, como diz Cícero, é uma lei da própria natureza, inata ao homem, e a respeito da qual os juristas romanos tinham a ingenuidade de crer que direito algum no mundo poderia desconhecê-la (*Vim vi repellere omnes leges omnia que jura permittunt*).

(...)

Para os objetos menos preciosos, pelo contrário, por ex., um relógio de ouro ou uma bolsa com alguns francos, o homem ameaçado não pode ofender corporalmente o adversário.

Que é, com efeito, um relógio em comparação da vida e dos membros

intactos? Um é um haver, perfeitamente reparável; o outro é absolutamente irreparável. É uma verdade incontestável! – mas esquece-se somente uma pequena coisa: é em primeiro lugar que o relógio pertence à *vítima* e os membros ao *bandido*. Sem dúvida têm eles para este um enorme valor, mas nenhum tem para a sua vítima.

Esquece-se em segundo lugar, quanto à reparabilidade inteiramente incontestável do relógio, de dizer quem o substituirá.

Será o juiz por meio de uma condenação?

Eis o que resulta da cegueira dos sábios.

Que profunda confusão não devemos experimentar vendo que esta ideia, tão simples, tão justa, tão conforme ao verdadeiro sentimento do direito, o qual vê em qualquer ataque, ainda que não se trate de um relógio, uma ofensa a todo o direito da pessoa e à própria personalidade, pudesse ser esquecida pela ciência até ao ponto de exaltar o abandono do direito, a fuga cobarde em frente da injustiça, à altura de um dever jurídico”**[634]**.

Com efeito, assiste razão ao autor em ressaltar que a legítima defesa é um direito inato ao homem, mas parece exagerada sua visão de não possibilidade de limitação a esse direito, sob pena de transformarmos o instituto em uma “carta branca” para a prática violenta, sem limitações racionais. A doutrina dominante na atualidade – e é preciso lembrar que o texto de Ihering remonta ao século XIX, mais precisamente escrito com base em uma conferência proferida pelo autor na Sociedade Jurídica de Viena, no ano 1872 – vincula-se à ideia de necessária proporcionalidade, não admitindo a reação a qualquer preço. Aliás, para refutar a ideia do festejado autor basta, em uma visão dogmática, lembrar que o próprio conceito legal de legítima defesa, no art. 44 do Código Penal Militar, exige a utilização dos meios necessários de forma moderada, conferindo, ademais, a possibilidade de responsabilização pelo excesso culposo (art. 45 do CPM) e doloso (art. 46 do CPM), como veremos adiante.

Voltando à discussão de quais bens jurídicos podem ser objeto da legítima defesa, a doutrina divide-se em relação à possibilidade de legítima defesa dos bens jurídicos sociais, como os pertencentes à comunidade (ordem

pública, paz social, regularidade do tráfego de veículos etc.), e majoritariamente entende-os insuscetíveis de legítima defesa, porque a ação violenta do particular produziria maior dano que utilidade; relativamente aos bens jurídicos do Estado (patrimônio público, a exemplo da destruição de cabines telefônicas, danos em trens, em monumentos etc.), admite-se legítima defesa do particular, não do Estado, porque, assim se sustenta, inadequado é transformar o cidadão em combatente dos inimigos do Estado (traidores, espiões etc.)**[635]**. Dessa forma, se um cidadão decide unir-se às Forças Armadas, não de forma engajada regularmente, mas por conta própria, estará em legítima defesa ao repelir a agressão de país estrangeiro**[636]**, ao passo que o soldado, regularmente engajado, ao praticar o mesmo ato, não estará em legítima defesa, mas em estrito cumprimento do dever legal.

Deve-se ainda considerar que a legítima defesa está condicionada a limitações ético-sociais, levando a circunstâncias em que a defesa será necessária, porém não permitida. Essas limitações podem estar relacionadas ao autor da agressão (agressões por crianças), ao comportamento do agredido (agressão provocada pelo suposto autor da legítima defesa, com o intuito de, na repulsa, revidar), à natureza da agressão (agressões insignificantes, o que exige o conceito de proporcionalidade dos meios) e às relações de garantia entre agressor e agredido (os pais em relação aos filhos, p. ex.). Não que nesses casos não seja possível a legítima defesa, mas haverá redução considerável de possibilidades de repulsa**[637]**.

A propósito das relações de garantia entre agressor e agredido, importante uma breve palavra acerca das relações entre superior e subordinado e vice-versa. Claramente é possível a legítima defesa do subordinado em face de fato praticado por superior; mas nos crimes em que essa relação – superior/subordinado – é elemento típico, postula-se que a repulsa à agressão constitui excludente de tipicidade, e não da antijuridicidade. Assim, por exemplo, a lição de Telma Angélica Figueiredo: o “exame da repulsa à injusta agressão, no Direito Penal Militar brasileiro, induz a um caráter diferenciador, ao excluir o elemento constitutivo do crime, quando advindo de uma qualidade funcional do militar inferior; tal repulsa, inclusive, atinge a tipicidade do delito”**[638]**. Com efeito, o inciso II do art. 47 do CPM, ao dispor que a qualidade de superior, a de

inferior, a de oficial de dia etc. deixam de ser elementos constitutivos do crime quando a ação é praticada em repulsa à agressão, interfere na própria tipicidade, não chegando a análise à antijuridicidade. Como exemplo, se um militar, subordinado, em forma, responde desrespeitosamente a um superior que o ofendeu de maneira desmedida, não estará em legítima defesa, mas sim em prática de fato atípico, não se enquadrando no desrespeito a superior (art. 160 do CPM), diante da previsão do art. 47, em seu inciso II.

Também se exige na legítima defesa uma conformação subjetiva, traduzida pelo conhecimento da circunstância justificante e pela vontade de defesa, que se configura na energia psíquica que mobiliza a ação de defesa. O agente deve atuar impulsionado pelo *animus defendendi*.

O juízo das circunstâncias a serem verificadas, a exemplo do que ocorre no estado de necessidade, também deve ser feito pela colocação *ex ante* hipotética de um observador inteligente, do círculo social do agente e dotado do conhecimento fático que apresentava o agente.

Um ponto crucial para a legítima defesa diz respeito ao alcance da justificação, em relação aos bens afetados. Ensina Cirino dos Santos que tal justificação alcança tão somente "os bens jurídicos do agressor, porque o princípio da proteção individual se baseia na correlação agressão/defesa, e o princípio da afirmação do direito se realiza sobre o agressor, não sobre o terceiro estranho à agressão"**[639]**. Nessa conformidade o policial militar que, ao repelir uma agressão contra terceiro, atinja outra pessoa que não o agressor, não terá a justificação dessa conduta. Muito adequada essa construção, visto que estará o agente em excesso na execução da causa justificante, como veremos adiante, em uma conjugação dos arts. 44, 37 e 45 do CPM.

— Estrito cumprimento do dever legal

Os agentes públicos, no desempenho de suas atividades, não raras vezes devem agir interferindo na esfera privada dos cidadãos, exatamente para assegurar o cumprimento da lei (em sentido lato). Essa intervenção redunda em agressão a bens jurídicos como a liberdade de locomoção, a integridade física e até mesmo a própria vida.

Dentro de limites aceitáveis, tal intervenção é justificada pelo estrito cumprimento do dever legal, não se consubstanciando, portanto, em crime. Assim, o estrito cumprimento do dever legal conceitua-se como a "ação praticada em cumprimento a um dever imposto por lei, penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão a bem jurídico de terceiro"**[640]**.

É preciso que se consigne, nesse ponto, que a natureza jurídica do estrito cumprimento do dever legal como causa de justificação não é pacífica, visto que parte da doutrina o considera como causa a excluir a própria tipicidade. Ensinam Zaffaroni e Pierangeli que, embora um bom número de autores considere tratar-se de causa de justificação, não o é, "porque as causas de justificação são geradas a partir de um preceito permissivo, enquanto no cumprimento de um dever jurídico há somente uma norma preceptiva (uma ordem)"**[641]**. Em suma, portanto, os autores ponderam que na legítima defesa e no estado de necessidade o direito faculta a ação de proteção ao bem jurídico, tendo o agente a possibilidade de assim não agir. Por essa razão, se optar pela ação, terá sua conduta justificada. No caso do cumprimento de um dever, o agente não tem outra opção senão agir, já que o direito assim impõe, sob pena de responsabilização.

Em que pesem as considerações de Zaffaroni e Pierangeli, entendemos, como a maior parte da doutrina, que o estrito cumprimento do dever legal é justificante da conduta, porquanto identificamos zonas desse dever em que o cunho discricionário pode facultar a ação, isentando o agente de responsabilidade. É o caso típico do exercício do poder de polícia, que tem a discricionariedade como um de seus atributos.

Voltando à explanação do estrito cumprimento do dever legal como *causa de justificação*, seu reconhecimento fica condicionado à existência de competência territorial e material para a ação, à forma prescrita em lei e à observância da necessidade e da proporcionalidade. Desse modo, o policial militar que cerceia liberdade de locomoção para efetuar a busca pessoal estará, se houver a fundada suspeita e proporcionalidade nos meios de ação, em estrito cumprimento do dever legal, porquanto tal atividade está na esfera de sua competência (nesse caso, melhor seria consignar atribuição), uma vez que a nossa *Grundnorm* atribui às Polícias Militares a missão de executar a polícia

ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144). A busca pessoal, em face da fundada suspeita, independerá de mandado judicial, conforme consignam os diplomas processuais penais (comum e militar). Estará, igualmente, em estrito cumprimento do dever legal o soldado do Exército Brasileiro que agride a tiros o inimigo invasor, causando-lhe a morte. Outro bom exemplo, embora afeto também à aplicação do Direito Penal comum, está no fato de o Comandante de Unidade Escola permitir que militar incorporado, menor de 18 anos, tenha acesso a arma de fogo para treinamento, o que na visão equivocada de alguns configuraria prática criminosa (crime comum, nos termos do inciso V do art. 16 da Lei n. 10.826, de 22-12-2003 – "Estatuto do Desarmamento"), estando o Comandante em cumprimento de seu mister de manter a tropa sob seu comando em situação de eficiência ou, do contrário, praticaria o delito capitulado no art. 198 do Código Penal Militar.

Questão de relevante discussão diz respeito à atuação do policiamento ostensivo, desenvolvido pela Polícia Militar, e ao enquadramento da reação a uma resistência na legítima defesa ou no estrito cumprimento do dever legal. Imagine-se, por exemplo, que um grupo de roubadores, ao sofrer a intervenção policial militar, reaja com disparos de arma de fogo, havendo o revide dos militares do Estado. Nesse caso haverá legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal?

Parece-nos que a melhor compreensão seria pelo estrito cumprimento do dever legal, porquanto os militares do Estado estarão investidos da função, tendo o dever legal de intervir e fazer cessar a atividade criminosa. Nesse sentido caminha também a visão de Telma Angélica Figueiredo:

"O cumprimento do dever legal limita-se pelo adjetivo 'estrito', obrigando ao agente, tal como na legítima defesa, o uso moderado dos meios necessários para o alcance do dever imposto pela norma. O cumprimento do dever legal pressupõe vínculo de subordinação oriundo do Poder Público. O autor dessa conduta justificada só poderá ser um agente da autoridade pública, e não qualquer pessoa. A norma jurídica obriga o agente do Poder Público a fazer ou deixar de fazer 'algo' a terceiro. O militar, sujeito a um vínculo de subordinação maior, por força dos princípios de hierarquia e disciplina, deve obedecer os regulamentos militares com rigor, objetivando garantir tanto a liberdade

individual, quanto a defesa da Pátria. Infere-se que o militar, em serviço, acoberta-se por essa excludente”[642].

Também nesse sentido a visão de Guilherme Nucci, que, ao lado da pena de morte executada pelo carrasco, da morte do inimigo no campo de batalha etc., coloca como exemplo de estrito cumprimento do dever legal a “violência necessária utilizada pela polícia ou outro agente público para prender alguém em flagrante ou em virtude de mandado judicial, quando houver resistência ou fuga”[643].

Claro que o militar, mesmo em serviço, pode agir em legítima defesa, como no exemplo em que um policial militar, em ronda ostensiva, reage a um ataque pessoal de um inimigo que jurou matá-lo. Mas note-se que, nesse caso, a condição de estar em serviço é apenas um elemento acidental, não tendo o Policial Militar agido em razão de sua missão legal. Quando age por imposição legal, frisamos, há de ser reconhecido o estrito cumprimento do dever legal, e não a legítima defesa.

Malgrado nossa visão, parece ser predominante o entendimento de que, caso haja o resultado morte decorrente da atuação policial, haveria reconhecimento, preenchidos os demais requisitos, de legítima defesa, já que seria difícil aceitar a imposição legal do dever de matar alguém, exceto no exemplo já mencionado do carrasco.

Por fim, como vimos defendendo desde o princípio do estudo das excludentes, é necessário que o agente saiba que age em estrito cumprimento do dever legal, havendo assim a conformação subjetiva da excludente.

— Exercício regular de um direito

O exercício regular de um direito “compreende ações do cidadão comum autorizadas pela existência de direito definido em lei e condicionadas à regularidade do exercício desse direito”[644]. Ao se restringir cidadão comum, claro, não se está dizendo que o militar não possa ter justificação de conduta por essa excludente, mas apenas que sua condição de militar não incorporará os requisitos para que se verifique a justificação.

Costuma-se limitar o exercício regular de um direito a duas hipóteses

básicas: o *direito de castigo* e a situação *pro magistratu*.

O direito de castigo tem por objeto a educação de crianças no âmbito da família, competindo originariamente aos pais em relação aos filhos sob o seu poder de família. Obviamente, também se deve ter como limite a proporcionalidade, não se admitindo o abuso desse direito, a exemplo de pais que acorrentam filhos. Há autores que consideram haver a exclusão do próprio tipo, posição com a qual não compartilhamos**[645]**.

Na segunda hipótese estão compreendidas as situações em que o Estado não pode atuar eficazmente a tempo de evitar lesão a um bem jurídico, de recompor a ordem pública etc., como no caso da repulsa imediata a agressão à propriedade e à prisão em flagrante delito efetuada por particular (art. 243 do CPPM).

Nessa vertente, há alguns pontos específicos dessa excludente que merecem análise mais detida, a exemplo da violência desportiva, das intervenções médicas e cirúrgicas, dos ofendículos, do trote militar e do direito à não auto- incriminação.

A lesão decorrente da *violência desportiva*, desde que praticada nos limites do esporte, configura-se exercício regular de um direito. Dessa forma, não há crime, por exclusão da antijuridicidade, no caso de um judoca, militar, causar lesão corporal, ou mesmo a morte, em outro judoca, também militar, no curso de competição esportiva, desde que dentro das regras do esporte.

Da mesma forma, as *intervenções médicas* (p. ex., extração de órgão por médico militar em face de paciente, também militar) são vistas como atuações no exercício regular da profissão do médico, portanto, exercício regular de um direito. Todavia, necessário consignar advertência trazida, dentre outros, por Fernando Capez, no sentido de que, “para que exista a mencionada descriminante, é indispensável o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Ausente, poderá caracterizar estado de necessidade em favor de terceiro”**[646]**.

Como já assinalamos, apesar de parte da doutrina considerar a utilização de *ofendículos* como legítima defesa preordenada, entendemos ser

mais adequado postular a justificação pelo exercício regular de um direito. Nesse sentido, expõe Guilherme Nucci, citando Marcello Linhares, que “quando a armadilha entra em ação, não mais está funcionando o homem, motivo pelo qual não se pode admitir esteja ocorrendo uma situação de legítima defesa, mas sim de exercício de direito. E mesmo quando atinja um inocente, como criança que se fira em pontas de lança de um muro, atua o exercício do direito, pois não se pode considerar uma reação contra quem não está agredindo”**[647]**.

No que concerne ao *trote militar*, parece-nos adequada a visão de Guilherme Nucci, para quem, por costume, assim como o trote acadêmico, configura-se em exercício regular de um direito, devendo-se, claro, avaliar o caso à luz da proporcionalidade, evitando-se a conduta violenta, com risco à integridade física da pessoa**[648]**. Assim, também, parece estar sob o amparo dessa excludente a conduta do superior que impõe proporcional sofrimento ao subordinado em período de treinamento, configurando-se exercício regular de um direito do superior na atividade de sua função de formador, levando em conta que, para os militares, em determinadas situações reais, será exigida a resistência ao frio, à fadiga psicológica etc. Logicamente que, dependendo do delito em foco, a atuação do superior em relação ao subordinado e mesmo a imposição de trote poderão encontrar na ausência do dolo a própria exclusão da tipicidade, isso adotando-se a moldura finalista, em que o elemento subjetivo está alocado no fato típico.

Um ponto de extrema relevância no Direito Penal e no Processual Penal Militar está na previsão contida no art. 296, § 2º, do Código de Processo Penal Militar. Sua observância poderia configurar prática ilícita? Vejamos o dispositivo citado:

“Art. 296. O ônus da prova compete a quem alegar o fato, mas o juiz poderá, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Realizada a diligência, sobre ela serão ouvidas as partes, para dizerem nos autos, dentro em quarenta e oito horas, contadas da intimação, por despacho do juiz.

§ 1º (...)

§ 2º Ninguém está obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão".

Claramente, a lei processual penal militar consagrou de modo expresso o princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém está obrigado à *autoincriminação*, exercendo um direito aquele que não participa da produção de prova que o incrimine. Logicamente, o exercício desse direito não pode resultar em imputação de conduta ilícita – para alguns, nem mesmo conduta típica em alguns casos, já que o exercício de direito não pode se configurar em ofensa, por exemplo, ao dever de ofício.

Mas a lei processual penal militar, é de notar, foi além, permitindo que o indivíduo, como exercício de direito garantido em lei, não produza prova que incrimine seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão, surgindo, pois, uma questão intrigante, que melhor será exposta pelo exemplo. Imaginemos um policial militar que saiba que seu irmão, um civil, pratica conduta ilícita, como pequenos furtos a veículos, e não adote providências para a prisão, quedando-se inerte diante da situação; naturalmente, virá logo à cabeça o raciocínio de que o policial militar estará em prática de prevaricação, deixando de adotar ato de ofício por sentimento pessoal, delito que, deve-se ressaltar, não possui sequer escusa absolutória em razão da relação de parentesco; com efeito, o policial militar terá praticado o fato típico de prevaricação, contudo, conferindo-lhe a lei processual penal militar o direito de não incriminar seu irmão, o crime estará afastado pelo exercício regular de um direito. Haverá, em outros termos, fato típico, porém lícito, jurídico.

— Uso necessário da força para compelir subordinado

No que tange às causas de justificação, o Código Penal Militar, no parágrafo único do art. 42, contém circunstância específica para o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra.

Consigna o dispositivo:

"Parágrafo único. Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e

manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque”.

Ensina Romeiro que se trata dos chamados *casi particulari di necessità* do Direito Penal Militar italiano, não traduzindo uma figura especial do gênero estado de necessidade, como postulam alguns, “pois o perigo de dano a pessoa só entra em consideração de modo indireto, sendo seu objetivo principal o de o comandante salvar a unidade (navio, aeronave ou praça de guerra) e evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque”. Para o mestre, é “hipótese de estrito cumprimento de dever legal, com destaque de descriminante específica, mirando a impedir crimes militares pelos comandados”**[649]**. Todavia, como bem assinala Telma Angélica Figueiredo, o Direito Penal Militar italiano exime o Comandante mesmo quando excede culposamente os limites da excludente, o que não ocorre no Direito Penal Militar brasileiro, pelo que dispõe o art. 45**[650]**.

Assinala Jorge César de Assis que a situação justificante restringe-se à circunstância de guerra, no teatro das operações; mas, em tempo de paz, limita-se a navios e aeronaves, excluindo outros teatros em caso, por exemplo, de calamidade pública, de estado de sítio etc. Para o prezado autor, talvez a explicação esteja no fato de que tal dispositivo tenha surgido com a edição do antigo Código da Armada, estendido ao Exército aproximadamente oito anos depois**[651]**. Entende ainda o doutrinador que a possibilidade de compelir subordinado deve ser estendida a outras circunstâncias, e. g., calamidade e grave perigo, em qualquer força militar sob comando, seja em deslocamento, seja aquartelada.

Em que pese a construção do ilustre mestre paranaense, entendemos que o dispositivo há de ser reservado às circunstâncias expressas. Deve-se observar que, embora tradição do Código da Armada, o legislador penal militar consignou o dispositivo em 1969, quando, aliás, passávamos por um período de exceção, em face da resistência armada ao então governo militar. As situações de perigo, portanto, não só eram possíveis como muito prováveis, no seio da Força Terrestre e das Polícias Militares (Força Pública), e, mesmo assim, optou a lei por excluir a possibilidade em tempos de calmaria.

Ademais, o fato de não se aplicar tal dispositivo a todos os casos não exclui a possibilidade de encontrar outra causa de justificação na conduta, como pode acontecer no estrito cumprimento do dever legal. Assim, por exemplo, diante do ataque por marginais a um quartel da Polícia Militar, pode o superior compelir à força seus subordinados a executarem manobras urgentes necessárias à defesa das instalações, estando em estrito cumprimento do dever legal, inerente à função que desempenha.

Ingressando pelo estudo dos elementos da excludente em análise, em primeiro plano aqueles objetivados no tipo permissivo, deve-se verificar que a figura central a quem se permite a conduta é o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, não abrangendo outra autoridade, exceto se lhe fizer as vezes, por exemplo, em substituição. Assim, estando ferido o comandante de aeronave, por exemplo, claro que seu imediato substituto, ao lhe fazer as vezes, estará sob o amparo da excludente.

Há uma situação ideal focada pelo tipo em que haverá a possibilidade de reconhecimanto da excludente, a saber, uma situação de perigo ou grave calamidade. Calamidade entende-se por um "grande mal comum a muita gente, infortúnio público"**[652]**, "desastre em grande escala"**[653]**. As calamidades, obviamente, significam situações de perigo, porém há a possibilidade de perigo que não atinge a muitas pessoas, como as calamidades, e sim uma ou um grupo diminuto. Perigo, na definição do léxico, significa "situação em que está ameaçada a existência ou integridade de uma pessoa ou de uma coisa"**[654]**. Como se percebe, no caso do perigo, também há o risco a uma coisa, importando em possibilidade de dano patrimonial, o que se confirma adiante, visto que o emprego de violência pode ser para que se salve a Unidade, assim compreendida como ambiente físico.

A ação do comandante direciona-se a subalternos, compelindo-os ao cumprimento do dever. Note-se que ao grafar "compele os subalternos" a lei penal castrense não limita a atuação somente contra uma pessoa, mas também não obriga que seja direcionada a mais de dois militares. Em outros termos, a causa justificante menciona um efeito moral que pode ser alcançado com uma ação sobre um ou mais subalternos, desde que cause reflexo no corpo de tropa. Exemplificativamente, pode o comandante empregar violência contra um

subalterno buscando com isso fazer com que os demais cumpram, ao presenciar o emprego de violência contra o colega, seu dever; pode, ainda, empregar a violência contra todos os subalternos, desde que com o mesmo propósito.

O emprego, segundo a lei, é de meios violentos, significando emprego de força física, *vis corporalis,* e não a ofensa moral**[655]**. A lei penal militar não impõe limites claros, mencionando genericamente os meios violentos, contudo, logicamente, o tipo em análise não significa uma carta em branco, em que o comandante pode, sem nenhuma proporção, usar de violência, o que se confirma pelas hipóteses de excesso nas excludentes dispostas no art. 45 do Código Penal Militar. Assim, é possível, de acordo com as circunstâncias fáticas, chegar até à violência que cause a morte de um subordinado, mas, a nosso ver, para guardar proporção, somente em caso de praça de guerra. Telma Angélica de Figueiredo, mais permissiva na interpretação, afirma que a "morte do subalterno desobediente admite-se quando houver perigo ou calamidade, por não especificar a lei quais os meios violentos, nem os enunciar algum regulamento militar. Por constituir-se a ação do comandante em uma das causas de exclusão da ilicitude, à semelhança das demais, conforme a situação, permite-se-lhe matar subalterno"**[656]**.

Os subordinados são compelidos a executar serviços e manobras urgentes, ou seja, ações estritamente necessárias no caso concreto para salvar a unidade, patrimonialmente falando, ou vidas, ou evitar o desânimo (apatia diante da calamidade ou do perigo), o terror (pavor que leva à inação ou à ação descoordenada), a desordem (ausência de ações concatenadas com o fim comum de salvar vidas ou a Unidade), a rendição (ato de entregar-se ao inimigo), a revolta (entendida tecnicamente, nos termos do parágrafo único do art. 149 do CPM) ou o saque (ação de saquear, de tomar para si ou para outrem objetos, em meio a um grupo de pessoas em turba, mediante emprego de violência).

Por fim, aqui também deve existir uma conformação subjetiva, ou seja, é necessário que o comandante saiba que emprega a violência, na situação excepcional descrita no tipo permissivo, e mais, para que os subordinados reajam afastando o desânimo, a desordem etc.

— Consentimento do ofendido

A realidade dinâmica da sociedade impede que valores culturais se tornem inalterados, havendo obviamente interferência no direito. Dessa forma, um bem jurídico-penal por excelência em determinada época e contexto político pode ser entendido como insignificante em outras circunstâncias, sendo recomendável que se entenda em favor de causas supralegais, atuando diretamente no problema da antijuridicidade. Não se trata de recurso metajurídico, assinala Bitencourt[657], visto que em verdade se recorre aos princípios gerais do direito, aos costumes e à analogia, delineando as causas supralegais.

Nesse contexto, surge a necessidade de estudar o consentimento do ofendido, possível de ser delineado como renúncia à proteção penal de bens jurídicos, desde que sejam disponíveis, podendo em alguns casos configurar excludente de antijuridicidade, principalmente quando se trata de consentimento presumido.

Já no que tange ao consentimento real, afirma-se que tem natureza, sempre que o bem jurídico individual for disponível, de circunstância a excluir a própria tipicidade, "porque o tipo legal protege a vontade do portador do bem jurídico, cuja renúncia representa exercício de liberdade constitucional de ação"[658].

O consentimento presumido, que interessa ao tópico em análise, "é construção normativa do psiquismo do autor sobre a existência objetiva de consentimento do ofendido"[659], configurando-se causa de justificação supralegal. O clássico exemplo é o do agente que colhe frutas que apodrecem no pomar do vizinho que viajou.

No caso de cirurgias reparatórias em que não haja risco de morte para o paciente, a doutrina contemporânea, como já assinalado, entende haver a exclusão da própria tipicidade, já que haverá consentimento real, expresso do titular do bem jurídico. Há, todavia, setor doutrinário que, relutante, entende haver ação típica justificada por uma causa supralegal.

— Excesso nas causas justificantes

Em todas as excludentes de antijuridicidade é possível ocorrer o excesso, que no Código Penal Militar pode ser culposo, doloso, exculpante ou acidental, ou seja, há excesso punível quando verificado a título de dolo ou de culpa (neste caso somente se houver tipo penal culposo), e não punível, quando exculpável, acidental ou a título de culpa (neste caso sem que haja tipo culposo para o fato).

O excesso culposo está disposto no art. 45 do CPM: “O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa”.

Nitidamente, portanto, o excesso culposo evidencia a ausência de dolo, permitindo, se vencível, a responsabilização apenas a título de culpa, se a essa modalidade consagrar a Parte Especial do Código Penal Militar. Como bem expõe Guilherme Nucci, “é o exagero decorrente da falta do dever de cuidado objetivo ao repelir a agressão. Trata-se do erro de cálculo, empregando maior violência do que era necessário para garantir a defesa”**[660]**. Anota ainda o autor que no contexto do excesso culposo podem incidir as regras do erro de tipo e de proibição, esclarecendo que no último caso, quando, por exemplo, o agente se equivoca quanto aos limites da excludente**[661]**. Trasladando essa possibilidade para o Código Penal Castrense, deve-se lembrar que se trabalha com o erro de direito (art. 35 do CPM) e com o erro de fato (arts. 36 e 37 do CPM). Considerando os dois institutos – erro e excesso culposo –, poderíamos exemplificar com o caso de um Policial Militar que, em estrito cumprimento do dever legal, reage a tiros de uma pessoa que, por ter roubado um banco, resiste à sua prisão, errando o militar do Estado e atingindo, mortalmente, outra pessoa, alheia ao confronto. Caso se demonstre que o Policial Militar poderia ter tido maior cautela no revide, importando, por exemplo, em uma conduta imprudente, responderá na forma culposa pelo homicídio do inocente, isso com base na análise sistemática dos arts. 37, que trata do erro de fato acidental, aqui na modalidade do erro de execução (*aberratio ictus*), e 45, *caput*, que trata do excesso culposo. Em suma, reconhece-se a excludente de estrito cumprimento do dever legal, mas, com o erro de execução e pelas circunstâncias, também se reconhece o excesso culposo.

O parágrafo único do mesmo artigo, porém, permite a exculpação do

excesso quando resultar de escusável (entenda-se, invencível) surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação. Aproveitando as lições de Assis Toledo, Jorge César de Assis ensina que “não se pode igualmente censurar o agente pelo excesso, por não lhe ser humanamente exigível que, em frações de segundo, domine poderosas reações psíquicas – sabidamente incontroláveis – para, de súbito, agir, diante do perigo, como um ser irreal, sem sangue nas veias e desprovido de emoção**[662]**, sendo esse o fundamento da exculpação do chamado excesso intensivo.

Curioso notar que o excesso exculpante no Código Penal comum é reconhecido como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, tornando inexigível conduta diversa, por não haver sua previsão expressa na lei, ao contrário do que ocorre no Código Penal Militar.

Como exemplo, imaginemos também um Policial Militar que, em estrito cumprimento do dever legal, reage a tiros de uma pessoa que, por ter roubado um banco, resiste à prisão, desta vez acertando a pessoa correta, porém excedendo no número de tiros necessários para cessar a agressão contra si. Há claramente um excesso, porém a situação de excitação por que passa o agente torna inexigível conduta diversa, elemento que também no CPM afasta a culpabilidade do agente.

Há, ainda, a possibilidade de o excesso ser doloso, hipótese em que, à luz do art. 46 do CPM, será permitida a atenuação da pena, ganhando no Código em análise a natureza de circunstância mitigadora da culpabilidade, sob a forma de causa genérica de diminuição de pena. No excesso doloso, o agente inicia sua ação conforme ao direito, extrapolando, em seguida, em sua atuação, dirigindo-a para um resultado antijurídico. Nesse caso “o agente consciente e propositadamente causa ao agressor, ao se defender, maior lesão do que seria necessário para repelir o ataque. Atua, muitas vezes, movido pelo ódio, pela vingança, pelo rancor, pela perversidade, pela cólera, entre outros motivos semelhantes”**[663]**. Também entendemos possível, nesse caso, o dolo eventual, visto que não há restrição normativa a essa interpretação. Mais uma vez tomemos, como exemplo, o caso de um Policial Militar que, em estrito cumprimento do dever legal, reage a tiros de uma pessoa que, por ter roubado um banco, resiste à prisão. Neste caso, porém, atrás da pessoa que atira contra o

Policial Militar há uma escola de educação infantil, que o militar percebe estar no intervalo de aulas, mas, mesmo assim, conscientemente, revida aos disparos e atinge mortalmente uma criança. Parece evidente que o Policial Militar, consciente de todas as circunstâncias, assumiu o risco de produzir o resultado mais grave, respondendo, desse modo, pelo crime de homicídio de forma dolosa, em homenagem também ao erro de execução, previsto no art. 37 do CPM, mas com a pena reduzida em face do que prevê o art. 46 do mesmo Código. Em suma, reconhece-se a excludente de estrito cumprimento do dever legal, mas, com o erro de execução e pelas circunstâncias, também se reconhece o excesso doloso.

Em alguns casos, o excesso doloso conhece norma específica na Parte Especial do Código Penal Militar, que deverá ser aplicada em detrimento do disposto no art. 46 do mesmo Código. Imaginemos, por exemplo, um militar que veja sua esposa trocando carícias, em local público, com outro militar e, de forma calma e refletida, sem ser visto pelos adúlteros, decide dar um tiro no joelho do militar que corteja sua esposa, atingindo seu intento. Note-se que a defesa da honra pode ser enquadrada na excludente da legítima defesa, todavia, nitidamente houve um consciente excesso do autor do disparo, respondendo dolosamente pelo fato, mas com a diminuição da pena. Contudo, há na Parte Especial do CPM, especificamente no § 4º do art. 209, dispositivo que privilegia essa circunstância, que deve prevalecer sobre a regra geral do art. 46. Note-se que em caso de homicídio, na mesma situação, dever-se-ia abandonar também o dispositivo do excesso doloso, enxergando o fato como homicídio privilegiado, nos termos do § 1º do art. 205 do Código Penal Militar.

A doutrina, por fim, menciona uma última espécie de excesso: o excesso acidental. Consiste na situação em que há o "exagero que decorre de caso fortuito, embora não em intensidade suficiente para cortar o nexo causal. Por vezes, o agente se excede na defesa, mas o exagero é meramente acidental. Não se pode dizer ter havido moderação na defesa, pois o dano provocado ao agressor foi além do estritamente necessário para repelir o ataque, embora o exagero possa ser atribuído ao fortuito"**[664]**. No mesmo exemplo do Policial Militar que, em estrito cumprimento do dever legal, reage a tiros de uma pessoa que, por ter roubado um banco, resiste à prisão, imaginemos que os tiros, em

quantidade adequada para repelir a agressão, atinjam o autor do roubo, e. g., em suas pernas e braços. Todavia, o roubador, em virtude dos disparos, cai ao solo e bate a cabeça em um objeto, o que lhe causa a morte. Houve, é nítido, um excesso no resultado, excesso que não é relevante penalmente, não podendo o agente responder por dolo ou culpa[665].

C) Culpabilidade

A culpabilidade no bojo da teoria geral do delito pode ser definida como um juízo de reprovação sobre a ação do autor de um fato típico e antijurídico. Os elementos fundamentadores da culpabilidade, pela atual teoria normativa pura, exaltada pelo finalismo, são a imputabilidade, também chamada de capacidade de culpabilidade, a potencial ou real consciência da ilicitude e a exigibilidade de comportamento diverso.

No *causalismo neoclássico* em que alocamos o Código Penal Militar, no entanto, a culpabilidade conhece como elementos a imputabilidade, o dolo ou a culpa e a exigibilidade de conduta diversa, estando a consciência da ilicitude (atual e não potencial) disposta no interior do dolo (*dolus malus*).

Não é pacífica a inclusão da culpabilidade nos elementos genéricos do crime, com base no conceito analítico trazido pelo finalismo. Há notáveis vozes, como Damásio E. de Jesus[666], que a entendem mero pressuposto de aplicação de pena. Em verdade, como já defendemos ao tratar do modelo finalista, parece-nos correta a *teoria tridimensional* (*tripartida* ou *tricotômica*), porque tanto a culpabilidade como a tipicidade e a antijuridicidade são elementos necessários à aplicação de sanção penal, de sorte que tal critério não pode afastar a culpabilidade como integrante do conceito de crime.

Incorreto, portanto, é afirmar que o conceito finalista de delito excluiu a culpabilidade, havendo não menos notáveis finalistas que afirmam o conceito tridimensional. Nesse sentido, com muita maestria, lembra Bitencourt que o próprio Welzel, idealizador do finalismo, “deixou claro que, para ele, o crime só estará completo com a presença da culpabilidade. Dessa forma, para o finalismo, crime continua sendo a ação típica, antijurídica e culpável...”[667].

Feito o breve conceito da culpabilidade, alocando-a na teoria do delito

como conceito de crime, convém, para iniciarmos seu estudo detido, mesmo sob o risco de sermos repetitivos, retomar alguns conceitos da evolução histórica de suas teorias, já estudados no contexto dos modelos penais (item 2 acima).

a) Teorias da culpabilidade e os modelos penais

— Teoria psicológica da culpabilidade

Como dissemos, a teoria normativa pura é construção recente, mas nem sempre a culpabilidade foi demonstrada com essa roupagem.

A primeira teoria a explicar a culpabilidade foi a *teoria psicológica pura*, segundo a qual o fato punível encontrava seus elementos objetivos na antijuridicidade típica, enquanto os elementos subjetivos eram condensados na culpabilidade. O crime nitidamente possuía uma composição objetiva, a ação típica e antijurídica, e um conteúdo subjetivo bem distinto, a culpabilidade, em que eram alocados dolo e culpa.

Em outras palavras, para a teoria psicológica da culpabilidade, "esta é o liame, o vínculo ou o nexo psicológico que liga o agente ou pelo dolo ou pela culpa ao seu fato típico e antijurídico. Ela é vista num plano puramente naturalístico ou psicológico, desprovido de qualquer valoração, e esgota-se na simples constatação da posição do agente perante sua própria conduta"**[668]**.

A teoria psicológica, adotada pelo chamado modelo Liszt-Beling-Radbruch, em que a absorção do dolo e da culpa se fazia por meio da culpabilidade, considerava a ação livre de elementos psíquicos, como já vimos, mera atitude causal, que rendeu ao modelo em questão a denominação *causalismo* (*causalismo clássico*). Em razão de o dolo e a culpa estarem analiticamente na culpabilidade, a visão tridimensional de delito (fato típico, antijurídico e culpável) é indissociável do modelo causalista. Todo causalista é obrigatoriamente adepto do conceito tripartido de crime, sob pena de excluir o elemento subjetivo da análise do delito, o que, obviamente, ninguém concebe.

O Código Penal Militar, já anotamos, foi erigido sob os dogmas do causalismo – embora neoclássico, o que veremos adiante –, sendo um desafio, no mínimo instigante, buscar, para os que assim desejarem, fundamentação para a aplicação da atual teoria normativa pura na moldura causalista.

O conceito psicológico de culpabilidade comportava dois degraus a serem avaliados: a *imputabilidade*, como seu pressuposto, e a *relação psicológica* propriamente dita.

Obviamente, para reconhecer o liame psicológico do autor ao seu injusto típico exigia-se a *capacidade de culpabilidade*, como capacidade geral e abstrata de compreender o valor do fato, o que levava à exclusão ou redução de culpabilidade dos casos de *imperfeição* (imaturidade) ou *defecção* (doença mental)**[669]**.

Já a *relação psicológica* traduzia-se pela constatação da consciência e da vontade de realizar o fato típico, "exaurindo-se no dolo ou na culpa"**[670]**. Daí a grande crítica em relação ao conceito psicológico, o qual não satisfazia a explicação da culpabilidade nos delitos culposos, principalmente "na culpa inconsciente, em que o resultado não é previsto pelo agente, ou seja, não há qualquer ligação psíquica entre o agente e o resultado produzido"**[671]**.

— Teoria psicológico-normativa da culpabilidade

Com a descoberta dos elementos normativos do tipo e subjetivos do injusto, o modelo causal foi abalado, sofrendo alterações no âmbito da ação, do tipo, da antijuridicidade e da culpabilidade, neste campo principalmente pela criação da *teoria normativa* (ou *psicológico-normativa*), em 1907, por Reinhard Frank, para quem culpabilidade era um juízo de valor, reprovabilidade**[672]**.

Por essa nova concepção, fruto de uma conformação axiológica do Direito (*teoria teleológica*), "deixa a culpabilidade de ser considerada como aspecto subjetivo do crime (psicológica), que liga o agente ao seu fato, para transformar-se em juízo de reprovação, de censura, que se faz ao agente em razão de sua atuação contrária ao direito ou, mais precisamente, em razão de sua 'formação da vontade contrária ao dever'"**[673]**, caracterizando-se por um cunho valorativo intenso. A culpabilidade mantém ainda, no entanto, os elementos psicológicos, não se caracterizando em um conceito puramente normativo, mas em um conceito misto, grafado por elementos psíquicos e normativos. O dolo e a culpa, conquanto permaneçam na culpabilidade, passam a ser graus de culpabilidade, não mais formas de culpabilidade.

Como já suscitado, por influência da teoria teleológica do Direito, que levou à culpabilidade normativa, em um sentido axiológico, passou-se "a aceitar a consciência da ilicitude como requisito da culpabilidade, mais precisamente como dado que se agrega ao dolo e assim acolhe-se o denominado *dolus malus* (dolo normativo ou dolo jurídico), isto é, dolo mais consciência da ilicitude"**[674]**. Essa constatação, ora retomada, será de fundamental importância para o estudo das excludentes de culpabilidade no Código Penal Militar, que, mais uma vez ressaltamos, foi gerado sob a concepção de um *causalismo neoclássico*, portanto, com a adoção da teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

— Teoria normativa pura da culpabilidade

Com a teoria finalista da ação, desenvolvida por Hans Welzel na década de 30, há nova alteração no cenário da culpabilidade, uma vez que o conceito de ação esvazia a culpabilidade no que concerne aos seus elementos psicológicos, surgindo a concepção normativa pura da culpabilidade.

Por ser a teoria mais aceita e porque a entendemos possível de ser aplicada na moldura causalista do Código Penal Militar, passaremos a estudá-la amiúde, ou melhor, veremos detalhadamente a estrutura do conceito normativo puro da culpabilidade, que compreende a capacidade de culpabilidade (imputabilidade), o conhecimento real ou potencial da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Todavia, ao final do estudo de cada elemento dessa teoria, faremos algumas observações comparativas que trazem peculiaridades ao Código Penal Castrense, mesmo porque, em alguns pontos, a previsão legal específica obsta, em princípio, a aplicação de institutos atuais da culpabilidade, como desejaríamos fosse.

Antes, porém, de entrar nos elementos da culpabilidade, cumpre assinalar discussão sobre o fundamento da culpabilidade, o chamado fundamento *ontológico*, que ganhou contornos específicos com a redefinição de culpabilidade como reprovação: o livre-arbítrio, ou, como quer Cirino dos Santos**[675]**, a *capacidade de livre decisão*.

A investigação acerca do livre-arbítrio pode solapar a concepção de culpabilidade, porquanto, de acordo com a conclusão a que se chegar, poder-se-á

sustentar a predestinação do indivíduo a delinquir, o que afastaria a reprovabilidade, já que inevitável.

Deve-se ter em mente, já evitando maiores ilações, que o livre-arbítrio é indemonstrável, cabendo às ciências penais aceitá-lo ou não, sempre como realidade indemonstrável, levando à formulação de um conceito calcado em simples juízo de valor que atribui qualidade ao sujeito. Ademais, como muito bem aduz Cirino dos Santos, em tempos atuais, "a tese da culpabilidade como fundamento da pena foi substituída como tese da culpabilidade como limitação do poder de punir, com a troca de uma função metafísica de legitimação da punição por uma função política de garantia da liberdade individual"**[676]**.

Dessarte, com base nesse novo enfoque, parece-nos adequada a teoria da *dirigibilidade normativa*, conforme a expõe Claus Roxin, a explicar qual o conteúdo material, substancial da culpabilidade. Segundo essa teoria, a culpabilidade, já enxergada pela tese de limite ao poder de punir, constitui um juízo de reprovabilidade que tem por fundamento a *capacidade de comportamento conforme a norma*, capacidade essa verificada de acordo com a experiência científica e independente da indemonstrável capacidade de livre-arbítrio. Constroem-se, portanto, dois elementos fundamentais: um empírico da capacidade de autodireção, e outro normativo, caracterizado pela possibilidade de comportamento conforme à norma**[677]**.

Esse conteúdo material é sistematizado nos elementos da teoria normativa pura, ou seja, na imputabilidade, na potencial consciência da ilicitude e na exigibilidade de conduta diversa, que passaremos a explorar.

Vejamos, então, os elementos da culpabilidade à luz da teoria normativa pura, com as necessárias observações para a aplicação ao Código Penal Militar.

b) Imputabilidade

É atributo jurídico de indivíduos com determinados níveis de desenvolvimento biológico e de normalidade psíquica, exigidos para a compreensão da natureza proibida de suas ações ou para orientar o comportamento de acordo com essa compreensão**[678]**.

Não havendo a base para essa compreensão, não existirá imputabilidade. Vale dizer, não haverá culpabilidade, sinônimo, em nossa opinião, de inexistência de crime (seja por um finalismo tripartido por opção doutrinária, seja em uma estrutura causalista, como o CPM, por imposição sistêmica).

Surge, pois, a primeira causa de exclusão da culpabilidade, qual seja, a *inimputabilidade*. Assinala Bitencourt que três sistemas a fixar a inimputabilidade são conhecidos pela doutrina: a) biológico, que condiciona a responsabilidade à saúde mental, devendo o portador de uma deficiência mental ser considerado inimputável sem que se questione o fato psicologicamente; b) psicológico, que não avalia se há uma deficiência mental mórbida, mas investiga se havia, ao tempo do crime, a possibilidade de apreciar a ilicitude do fato (momento intelectual) e de se conduzir de acordo com esse entendimento (momento volitivo); e c) biopsicológico, que é a reunião dos dois anteriores, ou seja, o agente somente é imputável se, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, ao tempo do crime, capaz de entender a ilicitude do fato (momento intelectual) e de se conduzir de acordo com esse entendimento (momento volitivo)**[679]**.

Felizmente, ao tratarmos da imputabilidade no bojo da teoria normativa pura, podemos, à exceção do tratamento dado à maioridade penal, que abordaremos adiante, trasladar os conceitos para o Código Penal Militar, mesmo sob o signo da teoria psicológico-normativa. Isso porque, a exemplo do Código Penal comum, o Código Penal Castrense adotou o critério biopsicológico, notadamente em seu art. 48, que assim dispõe: “Não é imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado”.

Exclui-se, portanto, a imputabilidade com a falta de sanidade mental. Exige-se que essa deficiência produza incapacidade de discernir os próprios atos, conduzindo-se o agente de maneira desconforme ao Direito. Fala-se, portanto, de *doença mental* e/ou *desenvolvimento mental incompleto ou retardado* a excluir a capacidade de culpabilidade.

“A doença mental compreende hipóteses de patologias constitucionais ou adquiridas do aparelho psíquico, definidas como psicoses exógenas e endógenas: a) as psicoses exógenas compreendem as psicoses traumáticas (lesões) ou infecciosas do órgão cerebral, a epilepsia, a desagregação da personalidade por arteriosclerose ou atrofia cerebral, além de outras perturbações patológicas do cérebro por inflamação, tumores, doenças de metabolismo etc.; b) as psicoses endógenas compreendem, fundamentalmente, a esquizofrenia e a paranoia”**[680]**. A *esquizofrenia*, a título de exemplo, constitui um transtorno de personalidade que leva a uma perda de contato com o mundo normal e familiar, ao passo que conduz à representação de um mundo psicótico e estranho, destacando-se os seus sintomas secundários, como as alucinações e as ideias delirantes**[681]**.

O *desenvolvimento mental incompleto ou retardado* compreende todas as oligofrenias que são insuficiências congênitas, ou pelo menos muito precoces, do desenvolvimento da inteligência, diferenciando-se das deteriorações de uma inteligência que se havia desenvolvido naturalmente, as demências**[682]**. São defeitos constitucionais no órgão cerebral, podendo ser condensadas nas *debilidades mentais*, *imbecilidade* e *idiotias*.

Interessa notar que, nos termos do parágrafo único do art. 48, “se a doença ou a deficiência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação, não fica excluída a imputabilidade, mas a pena pode ser atenuada, ou então, caso haja a necessidade de tratamento especial, ser substituída por medida de segurança de internação em estabelecimento próprio**[683]**, caracterizando assim o sistema vicariante inaugurado no Brasil pelo Código Penal Militar.

Trata-se, no parágrafo único, da figura do semi-imputável, que pode, como vimos, sofrer a mesma consequência penal do inimputável, porém com redução da pena aplicada, ou sofrer a imposição de medida de segurança.

Um problema a ser solucionado neste ponto é o *quantum* de redução de pena possível para o semi-imputável, uma vez que o dispositivo comentado não traz parâmetros. Na omissão do legislador nessa causa genérica de diminuição de pena, deve-se utilizar outra regra da Parte Geral do Código Penal Militar, a saber,

aquela consignada no art. 73, que dispõe: "Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime".

Em outros termos, a pena para o semi-imputável poderá ser reduzida de um quinto e um terço, surgindo, no entanto, uma outra questão, qual seja, a impossibilidade de a condenação ficar aquém da pena mínima cominada ao crime. Não enfrentaremos essa questão agora, porquanto a retomaremos quando do estudo da aplicação da pena.

— O problema da maioridade penal no Código Penal Militar ou o Direito Penal Militar Juvenil (?)

Outra circunstância que pode excluir a imputabilidade, fundada na *seguridad jurídica*, como assinala Muñoz Conde**[684]**, é a menoridade penal, tratada de forma *sui generis* no Código Penal Militar. Especificamente sobre a idade penal, o Código Castrense presume ser semi-imputável o menor de 18 anos e o maior de 16, equiparando ainda alguns casos ao maior de 18 anos.

A questão, no entanto, ganha maior complexidade, merecendo um estudo detido, que não se limitará à compreensão da lei em si, mas abrangerá a evolução histórica do tratamento do tema.

Em sede inicial, frise-se que é muito comum a discussão acerca da redução da maioridade penal no Brasil, um movimento que, embora tenha o afago popular, é muito criticado por alguns aplicadores do Direito.

A questão, como se pode perceber, ganha uma complexidade adicional se avaliada sob a possibilidade da prática de ato capitulado no Código Penal Militar por adolescente, razão pela qual o tema tem ganhado muita relevância no âmbito do estudo do Direito Castrense, devendo ser iniciada pela abordagem da tríplice responsabilização a que se sujeita o militar.

A tríplice responsabilidade. O militar, como espécie de agente público, está sujeito a uma tríplice responsabilidade, no que tange aos atos ilícitos que pratica. É dizer que o militar das Forças Armadas, o policial militar ou bombeiro militar, ao praticar uma conduta irregular, poderá sofrer consequências nas esferas penal, civil e administrativa. Para alguns, não se pode ignorar, há ainda a

improbidade administrativa como uma quarta esfera, da qual não nos ocuparemos por merecer, se quisermos compreendê-la, um estudo específico, que fugiria ao propósito desta construção.

Como já sabemos, a responsabilidade penal decorre da aplicação das leis penais, dentre elas o nosso tema central nesta obra, o Código Penal Militar, a definir os crimes militares em tempo de paz e de guerra.

A responsabilidade administrativa, por sua vez, encontra seu delineamento nos estatutos e regulamentos disciplinares, o que colore a responsabilidade em relevo com a designação de "disciplinar". Em outras palavras, surge a chamada responsabilidade administrativo-disciplinar ou, simplesmente, responsabilidade disciplinar.

Por fim, a responsabilidade civil decorre da aplicação do Código Civil, tendo, em regra, como contrapartida o dano, material ou moral, que gera o dever de reparação por seu autor. Esse dever de reparação poderá dar-se de forma direta ou de forma reflexa, em face do direito de regresso.

Muito importante que se entenda como se processa a interação dessas esferas. Em outros termos, deve-se averiguar, para a apresentação que se afigura, se as esferas são independentes ou não entre si, principalmente no que se refere à responsabilização penal e administrativa.

Cediço que as esferas de direito supracitadas (penal, administrativa e civil) funcionam de modo autônomo e harmônico, uma em relação às outras, marcando uma relativa independência. Entendemos que essa relativa independência, no caso específico dos militares, é mitigada, mas ainda assim existente e necessariamente reconhecida.

No que tange especificamente às esferas penal e administrativa, Di Pietro, com peculiar maestria, ensina que, em face de um fato que é, ao mesmo tempo, definido em lei como crime e transgressão, "instauram-se o processo administrativo disciplinar e o processo criminal prevalecendo a regra da independência entre as duas instâncias, ressalvadas algumas exceções, em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e na administrativa"**[685]**.

Cumpre, por derradeiro, anotar que as esferas em apreço constituem círculos concêntricos, o que permite afirmar que nem toda transgressão é crime, porém, em regra, todo crime é transgressão, merecendo uma repressão disciplinar, ainda que não seja exclusória. Assim, um fato pode não ser considerado crime (comum ou militar), mas poderá, contudo, sofrer a repressão disciplinar e, em alguns casos, fomentar a obrigação de reparar o dano.

Bem verdade que essa concepção, até então hermética, tem sido contestada, como no já citado caso em que um militar do Estado de São Paulo, embora condenado por crime, não foi sancionado disciplinarmente e nem teve a consequente perda de graduação (PGP n. 935/07).

A identificação do crime militar. Como já dispusemos ao tratar da tipicidade, a identificação inicial do crime militar passa por uma operação complexa, devendo-se lembrar que, em várias situações, a tipicidade de um crime militar dá-se de forma indireta, ou seja, não basta apenas verificar a descrição típica da Parte Especial, carecendo verificar também sua complementação pela Parte Geral, em especial o art. 9º do CPM. Como última averiguação, devemos verificar a possibilidade de o sujeito ativo praticar crime militar na esfera analisada, verificando-se, nesse ponto, não só um problema de tipicidade, mas também uma questão atrelada à culpabilidade, especificamente no que concerne à imputabilidade pela maioridade penal.

Assim, pode-se sistematizar a averiguação da tipicidade do crime militar seguindo três passos, evidenciados por três questões, que, embora mencionadas anteriormente, repetimos para facilitar a compreensão:

1ª) O fato praticado está previsto na Parte Especial do Código Penal Militar?

2ª) Há previsão das circunstâncias do crime em um dos incisos do art. 9º do CPM?

3ª) O sujeito ativo do crime pode ser processado e julgado pela Justiça Militar que apreciará o delito?

Caso a resposta seja “sim” às três proposições, haverá tipicidade do

fato no aludido Código, lembrando que a conclusão por crime depende ainda da análise da antijuridicidade e das demais causas que possam excluir a culpabilidade.

Aproveitando o exemplo dado quando tratamos especificamente dessa operação, imaginemos um aluno da Escola Preparatória de Cadetes do Exército, com 17 anos de idade que, na função de sentinela, mata alguém em repulsa a uma invasão armada daquela Unidade. Às questões, apenas averiguando a tipicidade, diríamos:

1ª) Sim, há o tipo "homicídio" no art. 205 do CPM, e o crime contém igual definição no Código Penal.

2ª) Sim, por ter sido cometido por militar em serviço, aplicamos a alínea *c* do inciso II do art. 9º.

Exatamente na terceira questão estaríamos concentrando a discussão do presente raciocínio, navegando, desta vez, no campo da culpabilidade, já que tratamos de imputabilidade.

Assim, questiona-se: para o Código Penal Militar o adolescente pode praticar crime militar?

Para responder a essa indagação, carecemos de conhecer as disposições acerca da maioridade penal do Código Penal Castrense e compará-las com o ordenamento jurídico constitucional, o que passaremos a fazer em seguida.

Evolução histórica da responsabilização criminal comum juvenil. Avaliando os três sistemas para a imputabilidade penal (biológico, psicológico e biopsicológico), já sabemos que o Código Penal comum, como regra geral, adotou o critério biopsicológico, grafando no art. 26 que "é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento". No parágrafo único, complementa a regra dispondo sobre a semi-imputabilidade, quando a pena deverá ser "reduzida de um a dois terços, se

o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".

Contudo, em relação ao menor de 18 anos, o legislador abandonou o critério biopsicológico[686] e adotou o critério biológico, grafando no art. 27 que "os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial".

É importante consignar que nem sempre foi essa a disposição da legislação penal comum, sendo conveniente fazer uma breve incursão histórica acerca da maioridade penal em alguns períodos da História para, posteriormente, alcançar os diversos códigos penais brasileiros. Essa evolução histórica, por óbvio, deve centrar-se também na compreensão do indivíduo em face do Direito, já que para compreender o menor como um indivíduo dotado de especiais necessidades, é preciso primeiro compreender o homem como titular de direitos em face do Estado e de seu ordenamento jurídico.

Povos primitivos e da Antiguidade. Em sua essência, o homem é um ser social, que procura, desde remota época, a convivência em grupos familiares, sociais e políticos, grupos esses que buscavam o estabelecimento de regras para a sua própria preservação, e não a do indivíduo[687].

Essas regras, no entanto, continham um cunho religioso exagerado, porquanto as sociedades primitivas, fundamentalmente totêmicas, não distinguiam o "divino", inexplicável, da norma de conduta humana, havendo, dessa forma, a fusão entre Direito, moral e religião[688].

Dessarte, possuíam sim um sistema de conotação jurídica, uma vez que se estabeleciam regras comportamentais cujo desrespeito implicava em sanções; no entanto, tal sistema visava à coesão grupal. Foi essa concepção que afastou, num momento posterior, a regular prática da vingança de sangue, já que destruía ela os aglomerados humanos ligados por um mesmo signo. Em outras palavras, não foi a preocupação com o indivíduo que repudiou a vingança de sangue, mas a preocupação com o extermínio dos grupos, uma vez que essa prática não conhecia proporções.

Não se pode, ademais, falar em Estado nessa época, já que este não existia de forma organizada jurídica e politicamente, o que significa dizer que a aplicação das normas não se dava por órgãos estatais. Nesse contexto, também não se pode, nas sociedades primitivas, falar em preservação de direitos do homem, assim entendida como um sistema conscientemente conduzido para esse fim[689].

Por óbvio, em se tratando de responsabilização do menor, não é possível separá-la daquela aplicada aos adultos, no seio de um grupo, podendo-se dizer que era indistinta.

Ingressando na Antiguidade clássica, cronologicamente correspondente ao início da utilização da escrita (4000 a.C.) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.), não se pode verificar uma única conformação, porquanto várias civilizações coexistiram nesse período, com características próprias, dando-se maior destaque às civilizações egípcia, grega e romana. Vejamos, primeiro, breves características de cada uma delas.

A civilização egípcia[690], fundamentalmente teocrática[691], possuía certa organização judiciária (existência de magistrados, tribunais e processo judicial, em regra, escrito), tendo a lei como principal fonte, reconhecendo-se que esse sistema preservava alguns direitos individuais. Pregou-se, por exemplo, no século XVI a.C., durante a XVIII dinastia, a prevalência da lei, a igualdade jurídica dos indivíduos e, como consequência, a extinção da escravidão[692].

A civilização grega[693] foi marcada por uma evolução paulatina, muito influenciada, obviamente, pelo pensamento filosófico de Sócrates, Platão, Ésquilo, entre tantos outros.

Nessa evolução, é possível detectar uma Grécia heroica (cerca de 1200 a.C.), marcada por um Estado Teocrático, misturando Direito e religião. Já no período clássico (de 480 até 338 a.C.), "o direito passou a ser laico. Os gregos passaram a entender que as leis deviam e podiam ser criadas e revogadas pelos homens e não pelo rei, tido como mensageiro dos deuses. Com a laicização, os gregos passaram a refletir racionalmente sobre a natureza da lei e da justiça"[694].

Embora caracterizada pela racionalização do Direito, na Grécia clássica também não se compreendia o indivíduo em si mesmo, divorciado do contexto das cidades-estado, as *polis*. Por isso mesmo, os gregos não desenvolveram um sistema de proteção aos direitos humanos. Ademais, frise-se que, para pertencer ao contexto da *polis*, era exigida a condição de ser grego e livre, não podendo ser bárbaro ou escravo. A propósito da escravidão, esta era justificada como legítima na época em apreço**[695]**.

A civilização romana**[696]**, em seus primórdios, era profundamente marcada pela religião, podendo-se afirmar que o Direito era uma das faces da religião.

Aristocrática, em essência, a sociedade era dividida em classes sociais, compreendendo os patrícios, os clientes, os plebeus e os escravos (tidos como bens patrimoniais). Apenas os patrícios possuíam o *jus civile*, já que eram os únicos reconhecidos como cidadãos (*status civitatis*), o que significava estar ligado às cidades (*civitas*). Somente com a Lei das XII Tábuas, em 451 a.C., os plebeus conquistaram seus primeiros direitos.

Com a inauguração da República, em 510 a.C., conferiu-se grandes poderes à Magistratura, composta por todo aquele que possuía uma função administrativa, não só a judicante. Além da Magistratura (ordinária – regularmente constituída – e extraordinária – constituída em períodos excepcionais), a estrutura político-administrativa compreendia o Senado e as Assembleias do Povo, estas com poderes de deliberar, em sede de apelação, sobre a condenação à pena capital**[697]**.

Em matéria de compreensão do indivíduo e de seus direitos em face do Estado, naquela época cumpre relevar que a Lei da XII Tábuas, de lavra da Magistratura extraordinária, limitou a vingança privada, marcando o início da transferência paulatina de um poder particular para um poder central.

A Roma Clássica marca-se pela queda da República e a ascensão do Principado e, posteriormente, do Dominato.

No Principado, mesmo com a perpetuação do Senado e da Magistratura, era o monarca quem concentrava a grande gama de poderes. As

Assembleias Populares foram sucumbindo, até a abolição pelo imperador Tibério. Nesse período, destaca-se a sedimentação da *extraordinaria cognitio*, caracterizada por um processo escrito no qual o julgador poderia julgar e executar suas decisões, sendo estas, porém, passíveis de recurso para o *princeps*, isso com o escopo de controlar as decisões, fortalecendo, assim, o poder imperial e, não para fomentar uma revisão em favor do indivíduo. Aliás, essa característica marca o Direito Romano, valendo dizer que, ao longo de toda a sua história, não há a proteção do indivíduo em face do Estado, mas sim a busca de fortalecimento do Estado em nome de sua prosperidade e da defesa de classes privilegiadas, como os imperadores e os patrícios**[698]**.

Feito um brevíssimo escorço histórico do Direito nos povos primitivos e na Antiguidade, deve-se agora verificar nesse período a responsabilização do menor pela prática de delitos.

Em valoroso trabalho sobre o tema, Sérgio Shecaira nos ensina que, no estudo dos povos antigos, a responsabilidade penal dos "menores" passou por períodos de diferenciação e de indiferença em comparação à responsabilização dos adultos**[699]**.

No Direito babilônico, por exemplo, com o advento do Código de Hammurabi (século XVIII a.C.), houve a unificação do Direito em todo o território, mas não se conferia responsabilização diferenciada às crianças (ou adolescentes), todos respondendo sob uma mesma lógica sistêmica**[700]**.

As primeiras indicações de diferenciação na responsabilização vieram séculos mais tarde, na Grécia – embora, antes do século VII a.C. houvesse uma responsabilidade indistinta –, com Aristóteles, que sustentou uma isenção de responsabilidade para as crianças, em especial focando a não punição por crimes culposos. Nessa linha, também Platão, ao sustentar que as crianças não deveriam sofrer outras penas que não as indenizações, exceto nos casos de homicídio**[701]**.

Em Roma, a já mencionada Lei das XII Tábuas (449 a.C.) distinguia entre o menor púbere e o impúbere, conferindo responsabilidade diferenciada para essas categorias, focando-se o discernimento dos atos praticados, afastando-se, por exemplo, a pena capital para os impúberes no delito de corte noturno de grãos, quando seriam punidos com uma admoestação (*verberatio*), além do

ressarcimento do dano. A tendência da exclusão da pena capital para menores de idade continuou no Direito Romano, chegando, na época clássica, à distinção de três categorias, a saber, os infantes, os impúberes e os menores, não cabendo aos primeiros – consideradas como tais as crianças que não sabiam falar perfeitamente – responsabilização penal[702].

Com Justiniano, fixou-se em 7 anos de idade a irresponsabilidade total pelos atos, não sendo castigado por uma equiparação ao *furiosus*. Havia, ainda, os impúberes – de 7 a 10 e anos meio para os homens e 9 anos e meio para as mulheres –, que também não eram responsabilizados por serem considerados *proximus infantiae*. Contudo, acima dessas idades até os 14 anos para os homens e 12 para as mulheres, a responsabilidade dava-se de forma atenuada, mas sempre prescindindo de uma constatação da presença de malícia, sem a qual também seriam irresponsáveis[703]. É possível aqui encontrar a gênese do critério do discernimento ao qual nos referiremos várias vezes.

Nas concepções iniciais, antes de ingressar na Idade Média, deve-se firmar que o Cristianismo configura-se em marco histórico fundamental.

Não há como negar que a influência do Cristianismo foi de suma importância na composição de uma consciência em que o indivíduo é a razão de ser, o motivo da existência do mundo chamado racional. Criado à imagem e semelhança de Deus, o homem deveria ser o destinatário final de todas as benesses promovidas pelo Estado, e isso de forma indistinta, já que todos somos irmãos.

Essa visão colocou à prova não só a concepção da época acerca de Estado, mas as próprias convicções religiosas, marcadas por uma severa codificação grafada no Pentateuco, repleto de passagens de violência contra a pessoa.

A laicização acentuou-se, uma vez que se postulou a separação inequívoca entre o “reino dos céus” e o “reino dos homens”, marcada por máximas como “a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”.

Por mais que se negue a figura santificada do Messias, há que se reconhecer sua existência histórica marcante na defesa de uma sociedade mais

humanizada, irmanada de forma a atingir a paz social tão almejada.

Período medieval. A Idade Média teve início na queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e durou até a queda do Império Romano do Oriente, marcada pela derrocada de Constantinopla, em 29 de maio de 1453, quando se inicia a Idade Moderna.

Marcada por várias características e, em consequência, por vários sistemas jurídicos, pelo reconhecido obscurantismo já foi chamada de a "Idade das Trevas", visão histórica que para alguns merece uma retificação, já que, na Idade Média, também foram detectados vários avanços para a Humanidade.

Com a derrocada do Direito Romano no ocidente, impregnam-se, inicialmente, sistemas menos desenvolvidos, trazidos pelos povos bárbaros, invasores. No oriente, entretanto, o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, que condensou o Direito Romano, vigorou por toda a Idade Média, até a invasão turca de Constantinopla.

Na Europa Ocidental, na Alta Idade Média, três sistemas jurídicos podiam ser reconhecidos: o Direito Romano, decadente; o Direito dos povos germânicos, calcado nos costumes e em ascensão; e o Direito Canônico, que surgia também com muita força**[704]**.

Marcava o Direito dos germânicos os "Juízos de Deus" ou ordálios, que consistiam na submissão do suspeito a uma prova de fogo ou de água, sempre com a presunção de que Deus protegeria os inocentes. A expectativa, a exemplo do que aconteceu mais adiante na Inquisição, era de que o temor por ser culpado levasse à confissão antes de se aplicar a prova.

A princípio, a Igreja Católica combateu os ordálios; no entanto, ainda na Idade Média, assumiu essa prática no Tribunal do Santo Ofício da Inquisição ou, simplesmente, a Inquisição, criada em 1232 pelo Papa Gregório IX, perdurando até o século XIX.

Mas antes da Inquisição, como dito acima, o Direito Canônico já se encontrava em ascensão**[705]**. Nem todas as questões, porém, eram passíveis de aplicação pelo Direito Canônico, que em fase embrionária tinha apenas o condão de correção interna, aplicando-se somente aos clérigos. Havia algumas questões,

civis e criminais, que eram submetidas ao julgo do Direito Canônico, exercido pelo juiz eclesiástico, o bispo[706]. Admitia-se o recurso do bispo para o arcebispo e deste para o papa, que julgava por intermédio de um Supremo Tribunal, a Rota, que cedeu lugar, posteriormente às Congregações, sendo restabelecido por Pio X, em 1908, sob a forma de Supremo Tribunal da Cristandade[707].

O sistema feudal, como se sabe, marcou a Idade Média (especificamente nos séculos X, XI e XII), e dele decorriam relações jurídicas diversas, calcadas nos costumes, mormente no que consiste à vassalagem.

Na Baixa Idade Média, o Direito sofre sensíveis transformações, iniciando o Direito Urbano, quando a noção de Estado começava a formar-se. Com ele, o Direito Urbano, surge um Direito mais racional, o que repulsa os ordálios e os duelos judiciários. Nesse período, constata-se também o enfraquecimento dos senhores feudais em nome de um fortalecimento do monarca, que passa a concentrar poderes nas mãos. "Nos séculos XVI e XVII, os reis concentravam todos os poderes em suas mãos"[708].

Em suma, pois, na Idade Média, o Direito é marcado pela tentativa de fortalecimento da Igreja e do Estado, muito bem caracterizado pela doutrina política das "duas espadas", a da Igreja (que capitaneava a esfera espiritual) e a do rei (que se cingia ao poder temporal), sem que houvesse, no entanto, uma preocupação específica com os direitos humanos, ao contrário, com exemplos de extrema afronta a tais direitos, como no caso do Santo Ofício.

Esse contexto da Idade Média, todavia, deve ficar adstrito à Europa Continental, sem macular a imagem da Inglaterra, que foi a precursora, o berço dos direitos humanos, entendidos como um sistema protetivo, embora circunscrito ao seu território, o que se manifestou, por exemplo, na *Magna Carta Libertatum*.

No que se refere especificamente à responsabilização dos menores de idade, o critério do discernimento, iniciado, como visto acima, no Direito Romano, persistiu por todo o período medieval. Esse cenário somente será alterado com o advento das ideias iluministas, que sedimentaram critérios mais objetivos para a responsabilização dos menores[709].

Como exemplos desse período, tomemos o Direito Germânico e o Direito Canônico.

No Direito Germânico "o limite de responsabilidade estava fixado na etapa evolutiva da puberdade, quase sempre aos 12 anos. É verdade que esse limite variava segundo as cidades e as assembleias das tribos, que poderiam alterá-la, segundo os costumes. Por outro lado, estando o menor sob a tutela de seu pai, era este responsável pelos danos por ele causados. As penas de morte e de mutilação também não se aplicavam, sendo cabível o castigo corporal e uma indenização compensatória, fixada pelo juiz, conforme o caso"**[710]**.

Já no Direito Canônico, os critérios do Direito Romano foram mantidos em sua maioria, ou seja, a "menoridade continuava a ser causa de isenção de pena ou de sua atenuação. Até os sete anos, o menor era considerado infante, e, como tal, gozava de total irresponsabilidade penal. Dos sete aos doze anos, para as mulheres, e dos sete aos quatorze, para os homens, a responsabilidade era duvidosa, devendo obedecer ao critério do discernimento. A partir dessa idade, a responsabilidade era reconhecida, mas a pena era aplicada de forma atenuada. No período medieval houve uma exacerbação das punições, mesmo os menores eram punidos com graves penas corporais, como a de pendurar o corpo pelas axilas"**[711]**.

Em suma, esse foi o cenário verificado na Idade Média, no que concerne à responsabilização dos menores, já havendo a possibilidade de análise do histórico da legislação brasileira, porquanto o Direito vigente na Europa aportou em terras brasileiras pelas Ordenações do Reino.

Os Códigos Penais brasileiros. As Ordenações do Reino, abrangendo ainda o Brasil Colônia, iniciaram-se com as Ordenações Afonsinas (1446), seguindo com as Ordenações Manuelinas (1521) e, finalmente, com as Ordenações Filipinas (1603), perdurando esta até 1830, com a entrada em vigor do Código Criminal do Império.

As Ordenações Afonsinas e as Manuelinas não trouxeram inovações, mesmo porque as primeiras conviviam no Brasil com as normas do Direito Canônico. Detecta-se uma diferenciação em relação aos menores, no entanto, desde as Ordenações Filipinas. "No Título CXXXV, do Livro V, estabelecia-se

'Quando os menores serão punidos por delictos, que fizerem'. Na dicção da referida lei, seriam punidos *com a pena total* aqueles que tivessem mais de vinte e menos de vinte e cinco anos (idade de maioridade plena). Se, no entanto, tivesse o autor do fato entre dezessete e vinte anos, ficaria ao arbítrio do julgador dar-lhe a pena total ou diminuí-la. Para tanto, deveria o juiz olhar o modo como foi cometido o delito, suas circunstâncias, bem como a pessoa do menor. Poderia, pois, dar a pena total ou a pena mitigada"**[712]**.

No que concerne às legislações genuinamente brasileiras, Sérgio Shecaira divide os períodos históricos em três etapas: etapa penal indiferenciada, etapa tutelar e etapa garantista. A primeira etapa caracteriza-se por "considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando penas atenuadas e misturando nos cárceres adultos e menores na mais absoluta promiscuidade"**[713]**. A etapa tutelar é marcada por uma separação, com a criação de instituições próprias para o acolhimento de menores, bem como pela rotulação e classificação dessas pessoas como "menores em situação irregular", não se distinguindo, por outro lado, entre os menores carecedores de assistência do Estado daqueles carecedores de correção, em face do envolvimento com a delinquência juvenil**[714]**. Por fim, na etapa garantista, além da manutenção da separação de instituições acolhedoras de menores, procede-se à diferenciação entre delinquentes juvenis e menores carecedores de assistência, substituindo-se a "situação irregular" pela "proteção integral", priorizando-se extremamente os interesses da criança e do adolescente**[715]**.

No estudo dos Códigos Penais comuns, nosso propósito neste ponto, frise-se, já de início, que as Constituições anteriores à "Constituição Cidadã" de 1988, não versaram sobre a maioridade penal, razão por que a matéria ficava a cargo apenas da legislação infraconstitucional, i. e., os Códigos Penais que tiveram diferentes concepções acerca do tema.

O Código Criminal do Império, iniciando nosso estudo evolutivo, foi inovador ao estabelecer uma idade mínima para a responsabilização do menor, fixando, em seu art. 10, que não haveria responsabilização para os menores de 14 anos, salvo se demonstrassem ter discernimento, quando seriam encaminhados para as casas de correção, pelo tempo que o juiz considerasse razoável, sem que se ultrapassasse a idade de 17 anos. Fixou-se, assim, uma doutrina do

discernimento, segundo a qual não havia a eleição de critérios objetivos puros para a responsabilização de menores, mas a permeação de avaliações psicológicas, subjetivas, a influenciar na responsabilização. Para os maiores de 14 e menores de 17, poderiam ser impostas, se parecesse justo ao juiz, impor as "penas da cumplicidade"**[716]**. Vale assinalar que as chamadas "casas de correção" não foram construídas, o que coloca o Código Criminal do Império na etapa de responsabilidade indiferenciada, conforme a classificação acima proposta.

O Código Penal de 1890, ingressando no período republicano, fixava a possibilidade de responsabilização penal acima dos 9 anos, desde que houvesse capacidade psicológica, adotando, assim, um critério biopsicológico, dentro de uma doutrina do discernimento.

Na época, previa-se, para os menores de 14 e maiores de 9 anos que agissem com discernimento, a internação em estabelecimento disciplinar industrial, que também não foi implantado pelo Poder Público, o que classifica o Código Penal de 1890 como uma legislação presente na etapa da responsabilização indiferenciada.

Um marco importante nessa evolução foi o surgimento, em 1923, do primeiro Juizado de Menores do Brasil, que teve como titular o Magistrado José Cândido Aluquerque Mello Matos, criando-se também um abrigo para menores infratores e abandonados, com a dupla finalidade de acolhimento e de reeducação. A nova realidade ensejou várias críticas e debates, culminando, anos mais tarde, com a edição do "Código Mello Matos", o Código de Menores trazido ao ordenamento pelo Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.

Nesse contexto, são idealizadas as Consolidações das Leis Penais de 1932, que reproduziram o art. 68 do "Código Mello Matos", elevando a maioridade penal para 14 anos, especificamente em seu art. 27, optando por um critério biológico, abandonando o critério do discernimento, para a definição da inimputabilidade dos menores de 14 anos. O "Código Mello Matos" inaugurou a etapa tutelar, o que, obviamente, inebria também a legislação penal, superando a etapa indiferenciada.

Ainda nessa etapa, surge o Código Penal de 1940, que, em sua Parte

Geral original, sob o esclarecimento de que não cuidaria dos imaturos "se não para declará-los inteira e irrestritamente fora do direito penal (art. 23), sujeitos apenas à pedagogia corretiva de legislação especial"**[717]** (sic), optou pela definição de maioridade penal sob o critério biológico, acima dos 18 anos de idade, também afastando, portanto, a doutrina do discernimento.

Como bem se sabe, no ano de 1969, mais precisamente em 21 de outubro, juntamente com o atual Código Penal Militar (Dec.-Lei n. 1.001/69), surgiu no universo jurídico o novo Código Penal comum (Dec.-Lei n. 1.004/69) que teve sua entrada em vigor postergada e foi revogado antes que pudesse viger. Por essa razão, é conhecido como o "natimorto Código Penal de 1969". Nesse diploma, inicialmente, a maioridade penal dava-se após os 16 anos, desde que houvesse entendimento da ilicitude da conduta (critério biopsicológico, atrelado ao critério do discernimento). No entanto, a redação do referido diploma foi alterada pela Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973, retornando a uma concepção afastada do critério do discernimento, e passou a dispor que os menores de 18 anos eram penalmente inimputáveis e sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em leis especiais (arts. 33 e 34 do CP de 1969).

Em 1979, surge no cenário a Lei n. 6.697, inaugurando um novo momento da etapa tutelar. Trata-se do novo Código de Menores. "Como 1979 era o ano internacional da criança, o legislador foi acusado de ter elaborado a nova lei de afogadilho, apenas para atender à data comemorativa. O certo é que o Código de Menores de 1979 não mudava a essência do problema, mantendo a doutrina da situação irregular, nome oriundo da Legislação Espanhola de 1918"**[718]**.

Ainda sob a égide do Código de Menores houve a reforma da Parte Geral do Código Penal comum, trazida pela Lei n. 7.209/84, que manteve o critério puramente biológico para a responsabilização dos menores de 18 anos, critério atual, conforme anotado acima.

Com a Constituição de 1988, no entanto, inaugura-se uma nova fase, a etapa garantista, que é posteriormente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). A influência para essa nova abordagem vem

dos diversos instrumentos internacionais, como, além daqueles referentes aos direitos humanos (a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, de 1985 ("Regras de Beijing"), a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, de 1990 ("Diretrizes de Riad") e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, de 1990 ("Regras de Tóquio").

Por essa nova vertente, os interesses da criança e do adolescente ganham prioridade absoluta, deixando a doutrina da situação irregular para ingressar na doutrina da proteção integral. A legislação penal, deve-se notar, não foi alterada pela nova realidade trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas, sem dúvida alguma, matiza com foco na Constituição Federal – frise-se, novamente, a primeira a tratar da maioridade penal –, especificamente o Título VIII, nos arts. 227 a 229, toda e qualquer interpretação que se queira dar à aplicação das normas de responsabilização aos menores de 18 anos.

Evolução histórica da responsabilização criminal militar juvenil. Ingressaremos agora no Direito Penal Militar, iniciando por uma evolução histórica sob a premissa de que a responsabilização do menor de idade não continha previsão no plano constitucional, como acima já indicado.

Inicialmente, para o Direito Penal Militar no Brasil, como já dispusemos ao tratar de seu escorço histórico, vigeram junto com as Ordenações Filipinas os Artigos de Guerra do Conde de Lippe, que vigoraram no Brasil até final do século XIX, com o surgimento do Código Penal da Armada. Referidos Artigos surgiram em virtude da reestruturação do Exército português, no século XVIII, levada a efeito por Wilhelm Lippe, Conde de Schaumbourg, oficial alemão alistado na Marinha inglesa e profundo conhecedor de artilharia, que foi convidado pelo Rei D. José I, de Portugal, para a empreitada**[719]**. Em verdade, os citados Artigos são fragmentos de um regulamento mais abrangente que surgira por ocasião da reorganização, encontrando-se os dispositivos especificamente nos Capítulos 23 e 26.

Tomemos, então, como marco do Direito Penal Militar republicano o Código Penal da Armada (Dec. n. 949, de 5-11-1890, substituído pelo novo diploma, o Dec. n. 18, de 7-3-1891, assinado pelo então Ministro da Marinha, o Contra-Almirante Fortunato Foster Vidal), que pôs termo aos supracitados Artigos de Guerra, o qual aplicou-se inicialmente à Armada e, na sequência, ao Exército Nacional (Lei n. 612, de 29-9-1899) e à Força Aérea (Dec.-Lei n. 2.961, de 20-1-1941).

No texto do Código Penal da Armada (o diploma de 1891), para a regra geral de imputabilidade, percebe-se a tendência a um critério biopsicológico, grafado no art. 23, que dispunha que os "indivíduos isentos de culpabilidade, em resultado de afectação mental, serão entregues às suas famílias ou recolhidos a hospital de alienados, se o seu estado mental o exigir para a segurança do público".

No que se refere à maioridade penal, foi fixada aos 9 anos (critério biológico), havendo um intervalo em que se adotava o critério biopsicológico, com enfoque na teoria do discernimento (dos 9 anos aos 14). Contudo, como consequências da prática criminosa por menor de 17 anos, apenas haveria sanções disciplinares, em estabelecimento próprio ("estabelecimentos disciplinares"), e não a aplicação das penas grafadas no Código Penal da Armada.

Ressalte-se que, como já mencionado acerca das Casas de Correção e do Estabelecimento Disciplinar Industrial, referidos no Código Criminal do Império e no primeiro Código Penal comum republicano, não se tem notícia nessa época de um estabelecimento disciplinar específico, caracterizando-se em uma fase indiferenciada no que concerne à acomodação do menor infrator da lei penal militar.

O Código Penal Militar de 1944 (Dec.-Lei n. 6.227, de 24-1-1944), que sucedeu ao Código Penal da Armada, definia a imputabilidade, regra geral, sob o critério biopsicológico, ao consignar no art. 35 que "é isento de pena quem, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".

Previa ainda o parágrafo único que "a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental, ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".

A maioridade penal, numa etapa tutelar sob a égide do "Código Mello Matos", de 1927, foi fixada pelo diploma em foco acima dos 18 anos e acolhia o critério biológico, afastando-se do critério do discernimento, nos termos do art. 36, que dispunha que os "menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial".

Todavia, para os militares e assemelhados, havia uma equiparação a maior de 18 anos, ainda que não tivessem atingido essa idade, conforme o parágrafo único do artigo supracitado. Essa foi uma importante distinção em relação ao Direito Penal comum, que não previa tal possibilidade de equiparação.

Ressalte-se que nessa etapa tutelar, numa primeira fase, foram criadas instituições específicas, mas sob a doutrina da situação irregular, não diferenciando o menor infrator do abandonado.

No atual Código Penal Militar (Dec.-Lei n. 1.001, de 21-10-1969), a regra geral na definição da imputabilidade, como vimos, adota o critério biopsicológico, conforme dispõe o art. 48, ao versar que não é "imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado". No parágrafo único do referido dispositivo, previu-se a semi-imputabilidade, firmando-se que se "a doença ou a deficiência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação, não fica excluída a imputabilidade, mas a pena pode ser atenuada**[720]**, sem prejuízo do disposto no art. 113".

A maioridade penal, ainda em uma etapa tutelar marcada pelo "Código Mello Matos", foi fixada acima dos 16 anos, seguindo também o critério biopsicológico para os maiores de 16 e menores de 18, adotando-se o critério do

discernimento e o critério biológico para os menores de 16 anos, pelo disposto no art. 50, *in verbis*: “O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade”.

De acordo com a redação acima, podemos entender que os menores de 18, maiores de 16, possuem semi-imputabilidade.

Essa previsão, no entanto, não se aplica aos menores de 18 anos que sejam militares, convocados (os que se apresentam para a incorporação e os que, dispensados temporariamente desta, deixam de se apresentar após o prazo de licenciamento) ou alunos de estabelecimentos de ensino sob disciplina militar, porquanto são eles, a exemplo do que o Código Penal Militar de 1944 fazia para militares e assemelhados, equiparados a maiores de 18 anos, segundo o disposto no art. 51 do atual Código Penal Castrense.

Pela redação do citado artigo, tem-se a impressão de que as pessoas nele citadas – o militar, os convocados etc. –, a qualquer idade, são equiparados a maior de 18 anos, porém, em uma investigação mais amiúde, verificaremos que, sistematicamente, a equiparação aplica-se apenas aos maiores de 16 anos. Os autores aquém dos 16 anos incompletos são, na visão do CPM, inimputáveis, estando sujeitos à legislação especial (critério biológico).

A essa conclusão chegamos após a análise do art. 52 do CPM, que dispõe que os “menores de dezesseis anos, bem como os menores de dezoito e maiores de dezesseis inimputáveis, ficam sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em legislação especial”.

Claramente, o art. 52 aplica-se tanto aos sujeitos definidos no art. 50 – civis – como àqueles definidos no art. 51 – os convocados e os alunos de estabelecimentos de ensino sob disciplina militar – firmando que o menor de 16 é penalmente inimputável.

Dessa forma, poderíamos assentar, de acordo com a literalidade do CPM, as seguintes regras:

1ª) Para os civis autores de fatos descritos como crime no CPM – os menores de 16 anos são penalmente inimputáveis (adoção do critério biológico, conforme os arts. 50 e 52 do CPM); os maiores de 16 e menores de 18 anos são semi-imputáveis, desde que revelem "suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento" (critério biopsicológico, adotando-se o discernimento como foco da responsabilização); os maiores de 18 anos são penalmente imputáveis, desde que não sejam, no momento da ação ou da omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral).

2ª) Para os militares autores de fatos descritos como crime no CPM – os menores de 16 anos são penalmente inimputáveis (adoção de critério biológico, conforme o art. 52 do CPM); os maiores de 16 e menores de 18 anos são imputáveis por equiparação a maiores de 18 anos (art. 51, *a*, do CPM, afastando-se o critério do discernimento), desde que não sejam, no momento da ação ou da omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral); os maiores de 18 anos são penalmente imputáveis, desde que não sejam, no momento da ação ou da omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral).

3ª) Para os convocados (os que se apresentam para a incorporação e os que, dispensados temporariamente desta, deixam de se apresentar após o prazo de licenciamento) autores de fatos descritos como crime no CPM – os menores de 16 anos são penalmente inimputáveis (adoção do critério biológico, conforme o art. 52 do CPM); os maiores de 16 e menores de 18 anos são imputáveis por equiparação a maiores de 18 anos (art. 51, *b*, do CPM, afastando-se o critério do discernimento), desde que não sejam, no momento da ação ou da

omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral); os maiores de 18 anos são penalmente imputáveis, desde que não sejam, no momento da ação ou da omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral); como exemplos de menores de 18 anos nos casos citados, podemos enumerar o voluntário para o serviço militar inicial, que pode, como lembra Jorge César de Assis, alistar-se a partir dos 17 anos de idade, mediante autorização do Comandante de cada Força, nos termos dos arts. 20 e 127 do Decreto n. 57.654, de 20 de junho de 1966, que regulamenta a Lei do Serviço Militar (Lei n. 4.375, de 17-8-1964)**[721]**.

4ª) Para os alunos de colégios sob disciplina militar autores de fatos descritos como crime no CPM – os menores de 16 anos são penalmente inimputáveis (adoção do critério biológico, conforme o art. 52 do CPM); os maiores de 16 e menores de 17 anos estariam sujeitos às regras da semi-imputabilidade do art. 50, ou seja, podem ser responsabilizados penalmente com uma pena reduzida, desde que revelem "suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento" (critério biopsicológico); os maiores de 17 e menores de 18 anos são imputáveis por equiparação a maiores de 18 anos (art. 51, *c*, do CPM), desde que não sejam, no momento da ação ou da omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral); os maiores de 18 anos são penalmente imputáveis, desde que não sejam, no momento da ação ou da omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral).

Todas essas regras, no entanto, não podem contrariar a Constituição Federal de 1988, cabendo, então, averiguar se as regras de imputação por delito militar de menores de 18 anos foram respaldadas pela atual Constituição Federal.

Maioridade penal na Constituição Federal de 1988 e a "teoria da recepção". O CPM foi idealizado de acordo com as regras estabelecidas na Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

Referida Constituição possuía apenas um Título (Título IV) que tratava genericamente da família, da educação e da cultura, a partir do art. 175, não versando sobre a maioridade penal, o que deixou o legislador ordinário à vontade para dispor sobre a matéria, tanto no Código Penal comum como no CPM.

Com a Constituição Federal de 1988, no entanto, a matéria ora discutida passou a ter relevância constitucional, verificando-se que o constituinte originário, adotando o critério biológico, fixou a maioridade penal acima dos 18 anos.

O art. 228 da CF de 1988 dispõe que são "penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial".

Não poderia ser diferente, já que a atual Constituição, no que concerne à proteção da criança e do adolescente, adotou a "doutrina da proteção integral", significando dizer que o "Estado brasileiro tem o *dever* de garantir as necessidades da pessoa em desenvolvimento (de até 18 anos de idade), velando pelo seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, liberdade, profissionalização e outros (art. 4º do ECA), com o objetivo de garantir o 'desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade' (art. 3º do ECA)"**[722]**.

Essa doutrina adotada pela Constituição está evidente em seu art. 227, que consigna como "dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência,

crueldade e opressão".

Dessa forma temos que, apesar de o CPM, em tese, permitir a responsabilização penal de menores de 18 anos, nas regras susocomentadas, a Constituição Federal rechaça essa possibilidade no art. 228, não recepcionando os arts. 50 a 52 do Código Penal Castrense.

Com a edição de uma nova Constituição, o ideal seria que todas as legislações fossem refeitas, contudo, na prática, isso é impossível, lançando mão os aplicadores do Direito da teoria da recepção. Como bem dispõe Pedro Lenza, todas "as normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de recepção. Vale dizer, *a contrario sensu*, a norma infraconstitucional que não contrariar a nova ordem será recepcionada, podendo, inclusive, adquirir uma nova 'roupagem'"**[723]**. Está-se, para alguns, diante de uma inconstitucionalidade superveniente, entendida como "aquela em que o ato, emanado do órgão legislativo, viola norma constitucional que ainda será editada"**[724]**.

Um grande problema da teoria da recepção está no fato de que não há uma revogação expressa, ou seja, os textos legais não recepcionados continuam intactos, dificultando a detecção do fenômeno. Dessa forma, há casos em que a não recepção é clara, inconteste, enquanto outros há em que a concepção pessoal do ator do Direito comandará a conclusão pela recepção ou não de um dispositivo. Obviamente, a maioridade penal encontra-se no primeiro grupo, dada a clareza já evidenciada do art. 228 da Constituição Federal.

Em conclusão, portanto, os menores de 18 anos, malgrado as previsões dos arts. 50 a 52 do CPM, não estão sujeitos à repressão penal militar, mas estarão "sujeitos às normas da legislação especial", conforme dispõe o final do art. 228 da CF**[725]**. Observe-se que essa expressão – "sujeitos às normas da legislação especial" –, com fulcro na análise da tradição legislativa brasileira – mormente partindo da análise dos dispositivos dos vários Códigos Penais acima discutidos – não se refere, como alguns entendem, a uma "legislação penal especial" – na qual incluiríamos o CPM –, mas sim a uma legislação menorista, específica para crianças e adolescentes, ou seja, hoje o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13-7-1990). É dizer: o menor de 18 anos que

pratique conduta tipificada no Código Penal Militar, não cometerá crime, mas sim ato infracional, como abaixo esmiuçaremos.

Antecipação da capacidade civil e maioridade penal. Como bem se sabe, o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) reduziu a idade para o início da capacidade de 21 para 18 anos, prevendo, ademais, situações em que essa idade pode ser antecipada.

O art. 5º do referido Código dispõe que a "menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil", versando ainda no inciso III do parágrafo único que a incapacidade cessará pelo "exercício de emprego público efetivo".

A indagação que surge, pois, é a seguinte: como o exercício de emprego público efetivo antecipa a capacidade civil, não anteciparia também a maioridade penal?

Por óbvio, a resposta é em sentido negativo e a fundamentação é bem simples: não há permissibilidade constitucional para tal conclusão.

Como visto, o art. 228 da CF dispõe de forma clara e intransigente acerca da maioridade penal, sendo inconstitucional qualquer ilação em sentido oposto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O Estatuto, como sabido, aplica-se à **criança e ao adolescente**, o que leva à necessidade, para que se tenha uma compreensão científica da matéria, de firmar a distinção entre essas duas categorias, sendo clara a disposição do art. 2º do ECA, ao considerar **criança** a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e **adolescente** aquela entre 12 e 18 anos de idade.

Quanto à aferição da transição da infância para a adolescência – bem como da adolescência para a maioridade penal –, embora haja divergência jurisprudencial, a corrente dominante entende que se deve considerar o primeiro instante do dia do aniversário em que seja completado o décimo segundo aniversário – ou décimo oitavo, no caso da maioridade penal. Se a pessoa tiver nascido em 29 de fevereiro, considerar-se-á o primeiro dia subsequente, ou seja,

1º de março, desde que o ano também não seja bissexto (art. 3º da Lei n. 810, de 6-9-1949[726], que define o ano civil)[727].

Configuração de ato infracional. Como já aduzimos, o menor de 18 anos não pratica crime militar, mas ato infracional, sendo importante verificar a sua definição legal no ECA, o que encontraremos no art. 103, que considera “ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Como se vê, todo fato descrito como contravenção praticado por criança ou adolescente é um ato infracional. Assim também o é o fato descrito como crime, e o Estatuto não limita tal previsão ao crime comum, abrangendo, pois, o crime eleitoral, o crime de trânsito e, obviamente, o crime militar.

Sérgio Salomão Shecaira, em sentido oposto, defende que o adolescente comete crime, apenas não estando sujeito a penas. Nesse sentido, postula o autor que por “esse entendimento, os menores de dezoito anos podem cometer crimes não se sujeitando às sanções penais correspondentes por inimputabilidade decorrente de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento”[728]. Por essa razão o autor sustenta existir um “Direito Penal Juvenil”, que deve ser permeado pelos princípios e consequentes garantias do Direito Penal, com algumas adaptações em favor da condição especial de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, expõe:

“Pode parecer um paradoxo que a responsabilização do adolescente seja sustentada exatamente com base no instrumental do Direito Penal, quando é ele próprio que nega a capacidade penal, ou seja, a imputabilidade. Mas se não for esse o instrumental teórico – potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa –, como se justificaria a atribuição de responsabilidade ao autor de ato infracional, quando a própria Constituição assevera serem os adolescentes pessoas com dignidade própria com diversos direitos assegurados com prioridade absoluta sobre os demais?”[729].

Com efeito, embora alguns possam não concordar com a designação Direito Penal Juvenil (ou Direito Penal Militar Juvenil, como pretensamente o chamamos) – e isso o próprio autor considera possível de ocorrer – inequivocamente, deve-se assemelhar a ocorrência do ato infracional à do crime, ingressando não só pela tipicidade, mas, também, pela antijuridicidade e

pela culpabilidade, claro, sem avaliar a imputabilidade, afastada por presunção *juris et de jure*.

Note-se que a tendência em levar a discussão de mérito a seu termo, ainda que presente uma causa excludente da culpabilidade ou extintiva da punibilidade, é recorrente na doutrina e na jurisprudência, chegando mesmo a influenciar a própria produção legislativa.

Doutrinariamente, à guisa de exemplo, tome-se trabalho detido do Eminente Ministro Carlos Alberto Marques Soares, acerca da extinção da punibilidade pela prescrição e o direito do acusado de obter uma sentença de mérito. Sacramenta o autor que o "acusado tem o direito de exigir que a Justiça se pronuncie sobre o mérito do processo, proclamando sua inocência, se for o caso, mesmo quando se achar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva"**[730]**. Guardadas as proporções, se o jurisdicionado, seja ele adulto ou adolescente, tem direito ao reconhecimento de questão de mérito em face de uma causa extintiva da punibilidade, também o terá em face de uma causa excludente da culpabilidade.

No plano legislativo, essa visão se sedimenta, e nada melhor para exemplificar que a recente alteração no procedimento do Tribunal do Júri, trazida pela Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, vedando a absolvição sumária, nos termos do parágrafo único do art. 415 do Código de Processo Penal, em casos de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Código Penal – não se referindo neste caso, obviamente, aos menores de 18 anos, mas podendo o exemplo indicar o que se pretende construir – salvo quando esta for a única tese defensiva. Explica-se essa previsão no fato de que, ainda que acometido por uma doença mental que o conduza à incapacidade de discernimento e impossibilite a condução de atos com base nessa compreensão, o cidadão tem direito a um decreto absolutório que avalie o cerne do injusto típico (fato típico e antijurídico).

Com efeito, a visão de Sérgio Shecaira é muito perspicaz e deve ser abarcada pela compreensão atual da doutrina. É notório que com a disposição do art. 103, o ECA também consagra para o ato infracional o princípio da legalidade, podendo-se dizer que não há ato infracional sem que haja, por lei, prévia definição do fato como crime ou contravenção**[731]**. Como reflexo

inequívoco, surge a impossibilidade de ato infracional em face de uma excludente de antijuridicidade, já que o conceito analítico de crime importa em constatação, também, da ilicitude do ato praticado. Não há ato infracional, por exemplo, na lesão corporal praticada por adolescente militar que, em repulsa a uma invasão do quartel, dentro de uma proporcionalidade, agride o invasor.

No que concerne à culpabilidade, como o Código Penal Militar possui uma estrutura impulsionada pelo *causalismo neoclássico*, deve ela ser considerada elemento integrante do conceito analítico de crime, donde se conclui que a excludente de culpabilidade, ao excluir o crime, também excluirá o ato infracional. Assim, por exemplo, um adolescente que pratique determinado fato típico de crime comum, ignorando, de forma invencível, elementar do tipo penal, não poderá ser responsabilizado pelo ato infracional em razão de estar afastada a tipicidade por ausência do dolo ou de culpa, não havendo falar em conduta penalmente relevante (art. 20, *caput*, do CP). Contudo, na mesma situação, ignorando, de forma plenamente escusável, situação de fato que compõe o delito, um militar adolescente também não poderá ser responsabilizado pelo ato infracional, porém terá incidido em erro de fato essencial, que, embora também afaste o dolo e a culpa, constitui-se, como veremos, em outra causa de exclusão da culpabilidade (art. 36, *caput*, do CPM), tendo por consequência não a isenção de pena, como diz o texto do Código Penal Militar, mas a não imposição de medida socioeducativa.

Por essa construção, o art. 189 do Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser interpretado de forma mais ampla, não se detendo, como faz supor, apenas na existência do fato ou na concorrência do adolescente para ele.

Advirta-se, no entanto, que a constatação de excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade deve ser invocada e reconhecida pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. Excepciona-se a essa regra a situação de patente excludente quando o responsável pela polícia judiciária militar poderia optar pela instauração de IPM em vez da autuação em flagrante delito, conforme comandam os arts. 243 e 244 do CPPM**[732]**. Contudo, levando em consideração que o adolescente não comete crime, a instauração de feito de polícia judiciária militar seria incorreta, devendo-se fazer o registro do ato infracional – pela autoridade competente que abaixo indicaremos – e do fato em procedimento

interna corporis, a exemplo da sindicância, para que sejam avaliados eventuais resíduos administrativos.

No que se refere ao momento do ato infracional, deve-se adotar a teoria da atividade, ou seja, considera-se o ato infracional praticado no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento da consumação. Assim, se um adolescente com 18 anos incompletos atira em alguém no dia anterior ao do seu aniversário, ainda que a vítima faleça no dia seguinte, tomaremos o momento da ação como aquele que definirá a responsabilidade do agente, sendo portanto, ato praticado por adolescente, isto é, um ato infracional.

Firmemos, ainda nessa discussão, que, para nós, a criança estaria fora das hipóteses definidas no Código Penal Militar, que impossibilita a imputação de responsabilidade penal ao menor de 16 anos (art. 52 do CPM).

Todavia, não é inútil discorrer brevemente acerca da criança e a prática de ato infracional.

A criança também comete ato infracional, devendo-se, no entanto, observar certas restrições, das quais duas são as principais: a vedação de apreensão**[733]** e a de aplicação de medidas socioeducativas (art. 112 do ECA), sendo-lhe aplicadas apenas as medidas protetivas (art. 105 do ECA). Dessa forma, não haveria responsabilização para a criança, responsabilização aqui encarada como medida de reforma, donde se conclui estar ela à margem do Direito Penal Juvenil (comum ou militar).

Consequência da prática de ato infracional por criança. A prática de ato infracional por menor de 18 anos, coloca-o em situação de risco (art. 98 do ECA), cabendo a aplicação de medidas protetivas para crianças (art. 105 do ECA).

Nos termos do art. 101 do ECA, sempre que os direitos reconhecidos no Estatuto forem ameaçados ou violados, por exemplo, por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou mesmo em razão da conduta do adolescente, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras que entender adequadas, as medidas protetivas, a saber, o encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade, a orientação, apoio e

acompanhamento temporários, a matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental, a inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente, a requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, o abrigo em entidade e a colocação em família substituta.

Todas essas medidas podem ser aplicadas pelo Conselho Tutelar ou pelo Juízo da Infância e Juventude, com exceção da colocação em família substituta, que somente pode ser aplicada pela autoridade judiciária.

Verifica-se também que a aplicação não é obrigatória ("poderá determinar", diz o artigo em comento) e que o rol acima não é exaustivo ("dentre outras", também dispõe a norma), podendo o Juízo da Infância e Juventude admitir outras medidas que não as enumeradas no ECA.

Deve-se lembrar que essas medidas, para a criança, podem ser substituídas, a critério do juízo, a qualquer tempo, nos termos do art. 99 do ECA.

Outra importante observação está na previsão do art. 100 do ECA, que determina que na "aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários".

Consequência da prática de ato infracional por adolescente. Conformação diversa temos para os adolescentes, onde estaria o Direito Penal Juvenil (comum ou militar). Para eles as medidas protetivas podem ser aplicadas isoladamente, ou cumulativamente com as medidas socioeducativas do art. 112, que constituem um rol exaustivo. Assim, verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida, a inserção em regime de semi-liberdade e a internação em estabelecimento educacional, além, segundo o artigo em foco, de qualquer das medidas protetivas do art. 101, exceto o abrigo em entidade e a colocação em família substituta.

As medidas socioeducativas, pela visão jurisprudencial dominante,

somente podem ser aplicadas pela Autoridade Judiciária, sob o crivo do contraditório[734].

Por força do art. 113, deve-se verificar que também há necessidade de se avaliar a aplicação de medida socioeducativa, nos termos do art. 100 do ECA, ou seja, na "aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários".

A regra de substituição a qualquer tempo, por força do art. 113 do ECA, também é aplicável reflexamente às medidas socioeducativas.

Punição disciplinar e sua validade em substituição de medidas protetivas ou socioeducativas. Como se viu, o art. 99 permite que as medidas protetivas sejam substituídas, sem estabelecer parâmetros a essa substituição. Por força do art. 113, também podem ser substituídas as medidas socioeducativas.

Ademais, tanto o art. 101 como o art. 112 facultam a aplicação de medidas protetivas ou socioeducativas, não havendo a obrigatoriedade de sua aplicação.

Por fim, as medidas protetivas estão em um rol exemplificativo (...*dentre outras*...), deixando aberto o rol à prudente avaliação do Juízo da Infância e Juventude.

Do acima disposto, conclui-se perfeitamente possível que o Juízo da Infância e Juventude entenda que uma sanção disciplinar, aplicada ao adolescente militar nos parâmetros do Regulamento Disciplinar de sua Corporação, tenha cumprido a função almejada pelas medidas do ECA – mormente atendendo às necessidades pedagógicas e em favor de uma medida que fortaleça os vínculos familiares e comunitários, alinhando-se à doutrina da proteção integral que orienta o sistema normativo constitucional e infraconstitucional – deixando, assim, de aplicá-las.

Apreensão. Por defendermos que o menor de 18 anos não comete crime militar, mas ato infracional, devemos aceitar a impossibilidade de prisão em flagrante delito, sendo possível, no entanto, a apreensão em flagrante de ato infracional.

Frise-se, mais uma vez, que apenas o adolescente pode ser apreendido, não estando a criança sujeita a essa medida. Todavia, devem-se ressaltar vozes em sentido oposto à de Jorge César de Assis, para quem as “crianças flagradas na prática de ato infracional podem, por óbvio, ser apreendidas pela polícia, civil ou militar. Entretanto, ao invés de irem para a Delegacia de Polícia, deverão ser levadas para o Conselho Tutelar”**[735]**. Essa também parece ser a visão de Sérgio Shecaira, ao afirmar que, “havendo *apreensão* da criança (termo utilizado para designar a prisão quando o fato é praticado por aquele que ainda não tem doze anos completos), ela deve ser encaminhada imediatamente para o Conselho Tutelar ou, na falta deste, para a autoridade judiciária competente”**[736]**.

A apreensão de adolescente, nos termos do art. 106 do ECA, somente pode dar-se por flagrante de ato infracional ou por ordem judicial fundamentada, consagrando-se, assim, um paralelismo com o inciso LXI do art. 5º da CF. A apreensão fora dessas situações configurará o delito capitulado no art. 230 do ECA**[737]**.

As hipóteses de flagrante, cumpre indicar, são as mesmas da legislação processual (comum ou militar) e, uma vez não verificadas, impedem a apreensão, salvo por ordem judicial, quando então a autoridade policial encaminhará ao representante do Ministério Público apenas o relatório das investigações e demais documentos (art. 177 do ECA).

Necessário lembrar que, no ato da apreensão, alguns pontos devem ser observados, a exemplo da prestação de informação ao adolescente da identificação do responsável pela apreensão e de seus direitos, bem como a imediata comunicação, pela autoridade policial (Delegado de Polícia), à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.

Também carece firmar que o art. 174 do ECA impõe à autoridade policial a imediata liberação do apreendido em face do comparecimento de qualquer dos pais, ou de um responsável, desde que firmado compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público ou, na impossibilidade, no primeiro dia útil imediato. Excetuam-se à imposição de imediata liberação, os casos em que, pela gravidade do ato infracional e sua

repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública. Nesse caso, no entanto, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência (art. 175 do ECA).

Registro e primeira apuração de ato infracional. A atribuição para o registro do ato infracional e sua apuração primeira será, como acima já inferido, do Delegado de Polícia. Nesse sentido, dispõe o art. 172 do ECA que o "adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente".

Ao grafar "autoridade policial" o Estatuto, em sintonia com o art. 144, § 4º, da CF, refere-se à autoridade policial comum, ou seja, o Delegado de Polícia.

Local de internação. Como visto, a internação é uma medida socioeducativa, aliás, a mais severa das enumeradas no art. 112 do ECA, e consiste, nos termos do art. 121 do mesmo Estatuto, em medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Por essa razão, apesar de não comportar prazo determinado, deve ter sua manutenção reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses, e nunca poderá exceder o prazo de três anos. Admite-se a internação provisória, antes da sentença, podendo ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias (art. 108 do ECA). Somente pode ser aplicada, nos termos do art. 122 do ECA, quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves, por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

Diante dessas previsões, uma pergunta naturalmente surge: Impondo o Juízo da Infância e Juventude a medida de internação de militar adolescente, poderá ele ser destinado às instituições próprias para a internação de

adolescentes, como a “Fundação Casa”, no Estado de São Paulo?

Obviamente, se houver possibilidade de proteção da integridade física do adolescente, é perfeitamente possível sua internação em estabelecimento destinado genericamente a adolescentes infratores.

Contudo, na prática, a realidade sugere que um militar adolescente em um tal estabelecimento não teria sua integridade física respeitada pelos demais internos, mesmo que a vigilância fosse acirrada.

Dessa forma, duas seriam as soluções: 1) internar o militar adolescente em presídio militar, separado dos presos por infrações penais, tomando por base a possibilidade já admitida pela jurisprudência na falta de estabelecimento adequado**[738]**; 2) internar o militar em estabelecimento militar (quartel), com especial recomendação para o Comando da Unidade acerca dos cuidados necessários à internação.

Os novos rumos. Como bem se sabe, há uma grande comoção popular clamando pelo combate à delinquência juvenil, postulando-se com muita frequência a redução da maioridade penal na Constituição da República, tornando-se uma verdadeira bandeira de alguns seguimentos sociais. Defende-se, então, uma alteração constitucional em nome dos anseios populares. Muito pertinente se faz, nesse contexto, lembrar as palavras de Thomas Mann, que há muito já nos alertou de que “(...) Para o adepto das luzes, o termo e o conceito ‘povo’ sempre conservam qualquer traço de arcaico, inspirador de apreensões, e ele sabe que basta apostrofar a multidão de ‘povo’ para induzi-la à maldade reacionária. Quanta coisa não aconteceu diante de nossos olhos, em nome do povo, e que em nome de Deus, da Humanidade ou do Direito nunca se deveria ter consumado!”**[739]**. Assim, nem sempre a vontade popular aponta para o que o Direito entende como adequado, em especial tendo por foco a dignidade da pessoa humana, como sabemos, fundamento de nosso Estado Democrático de Direito.

Esse clamor, no entanto, e até não poderia ser diferente, alcançou o Congresso Nacional, e foi versado em Propostas de Emenda Constitucional (PEC) no Senado Federal, em espécie e exemplificativamente, as PEC n. 18 e 20, de 1999, respectivamente de autoria dos Senadores Romero Jucá e José

Roberto Arruda.

A primeira delas propunha o acréscimo de um parágrafo único ao art. 228, que disporia que "nos casos de crimes contra a vida ou o patrimônio, cometidos com violência, ou grave ameaça à pessoa, são penalmente inimputáveis apenas os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial".

A PEC n. 20/99 propunha uma alteração do *caput* do art. 228, consignando que "são penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial", porém, condicionando essa imputabilidade, por um parágrafo único, à constatação de um "amadurecimento intelectual e emocional, na forma da lei".

As propostas indicadas, todavia, no trâmite pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) do Senado Federal, ganharam um substitutivo do relator, o Senador Demóstenes Torres, segundo o qual são inimputáveis os menores de 16 anos, sujeitos às normas da legislação especial, estabelecendo, no entanto, algumas regras específicas para os maiores de 16 e os menores de 18 anos. Em primeiro lugar, são penalmente imputáveis somente quando, ao tempo da ação ou omissão, tiverem plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, atestada por laudo técnico, elaborado por junta nomeada pelo juiz. A pena dessas pessoas deverá ser cumprida em local distinto dos presos maiores de 18 anos. Finalmente, uma vez condenados, terão a pena substituída por uma das medidas socioeducativas, previstas em lei, desde que não estejam incursos em nenhum dos crimes referidos no inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República.

Pela redação final, portanto, embora a maioridade penal tenha sido reduzida para os 16 anos, a consequência será a aplicação de medida socioeducativa, exceto em crimes hediondos ou a eles equiparados pela Constituição Federal**[740]**. Como bem se sabe, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, no dia 26 de abril de 2007, aprovou, por maioria (12 votos a favor e 10 votos contra) a proposta em sua redação final.

Embora o processo legislativo ainda não esteja findo, é pertinente

averiguar, em caso de alteração do art. 228 da CF, quais serão os reflexos na legislação penal militar.

Não poderíamos, antes de avaliar o impacto da alteração constitucional, deixar de evidenciar nossa posição acerca da patente inconstitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional.

Preliminarmente, tenha-se em mente que as emendas constitucionais podem sim padecer perante o controle concentrado ou difuso de constitucionalidade. Nessa linha, propugna unanimemente a doutrina, a exemplo de Alexandre de Moraes, que, após enumerar o dispositivo legal limitador para o Poder Constituinte derivado, diz que é "plenamente possível a incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a fim de verificar-se sua constitucionalidade ou não, a partir da análise do respeito aos parâmetros fixados no art. 60 da Constituição Federal para a alteração constitucional"**[741]**.

Pelo § 4º do art. 60 da CF, especialmente no inciso IV, a Emenda Constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais, nem sequer podem ser objeto de deliberação, ou seja, devem ser fulminadas ainda quando propostas de alteração constitucional. Trata-se de matéria integrante do núcleo rígido da Constituição Federal, cláusulas pétreas, que não podem ser alteradas sem um cisma que inaugure uma nova ordem constitucional. Tal núcleo intangível constitui um limite material à alteração constitucional pelo Poder Constituinte Derivado, intitulado por Canotilho de limites absolutos**[742]**.

Tais limites, note-se, nem sequer podem ser aviltados de forma reflexa, com a alteração dos limites constitucionais, para, após, alterar-se aquilo que se pretende. Nesse sentido, o mestre português dispõe que a "existência de *limites absolutos* é, porém, contestada por alguns autores, com base na possibilidade de o legislador de revisão poder sempre ultrapassar esses limites mediante a técnica da *dupla revisão*. Num primeiro momento, a revisão incidiria sobre as próprias normas de revisão, eliminando ou alterando esses limites; num segundo momento, a revisão far-se-ia de acordo com as leis constitucionais que alteraram as normas de revisão. Dessa forma, as disposições consideradas intangíveis pela Constituição adquiririam um caráter mutável, em virtude da

eliminação da cláusula de intangibilidade operada pela revisão constitucional"**[743]**. Mais adiante, Canotilho sentencia que "a supressão de limites de *revisão através da revisão* pode ser um sério indício de **fraude à Constituição**"**[744]**.

Mas a maioridade penal, que não está no "cardápio" do art. 5º da Constituição Federal – está no art. 228 da CF – configura-se em um direito individual, portanto, cláusula pétrea?

A resposta pode ser extraída da própria Constituição Federal, em especial do § 2º do art. 5º, que dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Como evidente, o art. 5º não esgota a carta de direitos individuais, encontrando-se eles também diluídos por todo o texto constitucional. A esse respeito, lapidar a construção de Flávia Piovesan, sobre uma força expansiva dos direitos fundamentais, portanto também os individuais:

"A Constituição vem a concretizar, deste modo, a concepção de que 'os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Os direitos fundamentais assinalam um horizonte de metas sociopolíticas a alcançar, quando estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado, ou entre si', no dizer de Antonio Enrique Pérez Luño. Os direitos e garantias fundamentais são assim dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico"**[745]**.

O § 2º do art. 5º da Constituição traz essa força expansiva de forma expressa, de modo que se pode concluir que a fixação da maioridade penal acima dos 18 anos é sim norma constitucional de direito fundamental do indivíduo que se encontre aquém dessa idade, tudo em alinho à adoção da *doutrina da proteção integral*.

Ressalte-se, por fim, que essa visão possui vozes em sentido contrário, aliás, de renomados doutrinadores. Por todos, tome-se Guilherme Nucci, que diz:

"Não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias humanas fundamentais soltos em outros trechos da Carta, por isso também *cláusulas pétreas*, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no art. 60, § 4º, IV, CF, pois sabe-se que há 'direitos e garantias de conteúdo material' e 'direitos e garantias de conteúdo formal' (...).

Por isso, a maioridade penal, além de não ser um direito fundamental em sentido material (não há notícia de reconhecimento global nesse prisma), também não o é em sentido formal. Assim, não há qualquer impedimento para a emenda constitucional suprimindo ou modificando o art. 228 da Constituição"**[746]**.

Em que pese nosso inconformismo, tudo indica que a alteração constitucional está a caminho, e mesmo não vingando agora, certamente, no futuro, haverá nova investida nesse sentido, sendo conveniente, buscando maior utilidade do raciocínio até agora indicado, a averiguação do impacto da alteração no Direito Penal Militar.

De pronto, duas possibilidades podem ser admitidas, **alternativamente**: 1) a alteração constitucional trará uma norma de eficácia plena e passará a valer imediatamente, sendo novamente aplicados os arts. 50 e 51, apenas para os maiores de 16 anos (os menores, mesmo pela equiparação, estarão fora), em uma espécie de repristinação constitucional da norma penal militar; 2) a alteração constitucional trará uma norma de eficácia limitada, de princípio institutivo, que, em nome do princípio da legalidade, irá requerer uma lei ordinária para sua alteração nos Códigos Penais.

Passemos à avaliação dessas possibilidades.

Repristinação consiste na "ressurreição" de uma norma outrora revogada ou, no plano constitucional, não recepcionada.

Majoritariamente, afasta-se a repristinação por não ser admitida no Direito brasileiro, exceto em raríssimos casos em que haja comando expresso nesse sentido. Oportuno, para tornar a explanação mais clara, citar julgado do

Pretório Excelso colhido por Pedro Lenza:

"*Ementa*: Agravo regimental – Não tem razão o agravante. A recepção de lei ordinária como lei complementar pela Constituição posterior a ela só ocorre com relação aos seus dispositivos em vigor quando da promulgação desta, não havendo que pretender-se a ocorrência de efeito repristinatório, porque o nosso sistema jurídico, salvo disposição em contrário, não admite a repristinação (artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil). Agravo a que se nega provimento'(AGRAG-235800/RS; Rel. Ministro Moreira Alves; DJ 25.06.1999, p. 16, Ement. vol. 01956-13, p. 02660 – 1ª Turma – original sem grifos)"**[747]**.

Percebe-se, portanto, que nem o Poder Constituinte Originário tem a capacidade de repristinar tacitamente uma norma outrora revogada, muito menos sendo tal possibilidade conferida ao Poder Constituinte Derivado. Note-se, ademais, que o texto final da PEC aprovado pela CCJC do Senado, não menciona expressamente que os arts. 50 e 51 do CPM, não havendo falar, portanto, em repristinação.

Afastada a possibilidade de repristinação, a única via possível seria compreender a nova disposição do art. 228 da CF como uma norma de eficácia limitada, carecedora de instrumento infraconstitucional para poder viger.

Como já postulado, o ato infracional está atrelado ao princípio da legalidade e muito mais o está o crime. Assim comanda o inciso XXXIX do art. 5º da CF, *in verbis*: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Note-se que tal princípio também vincula a imposição de pena.

Significa dizer, por outras palavras, que toda espécie de responsabilização penal, seja pela configuração de um crime, seja pela alteração das regras de imposição de pena, está condicionada à prévia existência de uma lei, não bastando a abstrata previsão constitucional.

Conclusões. Por tudo o que foi aduzido, podemos traçar algumas conclusões gerais, antes de prosseguirmos no estudo da culpabilidade, na seguinte

conformidade:

1) pelo atual ordenamento, o menor de 18 anos não comete crime militar, mas ato infracional;

2) o registro do ato infracional cabe ao Delegado de Polícia Civil;

3) a não responsabilização penal não significa impunidade, pois haverá, para o militar adolescente, a responsabilização disciplinar e possível responsabilização pela justiça menorista à luz de um Direito Penal Militar Juvenil;

4) a justiça menorista poderá deixar de aplicar medidas protetivas ou socioeducativas, por entendê-las substituídas pela sanção disciplinar;

5) havendo a aplicação de internação, deve-se buscar estabelecimento adequado, e um quartel seria ideal para esse fim, inclusive com as atividades necessárias durante a internação (desporto, p. ex.);

6) os novos rumos, postulando-se a redução da maioridade penal, são inconstitucionais;

7) se mesmo assim vingar a alteração, em nosso entendimento deveria haver alteração legislativa, em observância ao princípio da reserva legal.

— Embriaguez e seu tratamento no Código Penal Militar

No plano da imputabilidade, deve-se estudar o problema da embriaguez.

Claro que no caso de uma embriaguez patológica, comprovada por perícia específica, estaríamos diante de uma doença mental que, somada à incapacidade de discernimento, levaria à inimputabilidade nos termos do *caput* do art. 48 do CPM.

Contudo, ainda que não seja patológica, "a embriaguez completa, por caso fortuito ou força maior, pelo álcool ou substâncias análogas, também constitui estado psíquico patológico excludente da capacidade de culpabilidade"**[748]**. Nesse sentido dispõe o art. 49: "Não é igualmente imputável o agente que, por embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o

caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento". Embriaguez fortuita é aquela decorrente do acaso, quando, por exemplo, o agente não tinha ideia de que estava ingerindo substância entorpecente, enquanto a embriaguez por força maior é aquela que se origina de um evento não dominável pelo agente, como o caso de ingestão de bebida alcoólica em um trote violento. Caso a embriaguez, também proveniente de caso fortuito ou força maior, não seja completa, pode haver redução de um a dois terços da pena, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo.

Não se exclui a imputabilidade, por outro bordo, no caso de embriaguez voluntária ou culposa, seja ela completa ou não. Embriaguez voluntária deve ser compreendida como aquela em que o agente quer alcançar o estado de embriaguez, por álcool ou por substância que produza efeito análogo, como a cocaína, a heroína etc.

A embriaguez culposa, por outro lado, resume-se na situação em que o agente ingere voluntariamente o álcool (ou se utiliza de substância que cause efeito análogo), porém, não deseja alcançar o estado de embriaguez, somente o atingindo pela falta de moderação, pelo consumo imprudente da substância.

Em sentido lato, pode-se dizer que a voluntariedade no consumo da substância embriagante existe tanto na embriaguez voluntária (em sentido estrito, podendo ser considerada dolosa), como na culposa. Nessas duas situações, quando a embriaguez não é proveniente de caso fortuito ou de força maior, estará a imputabilidade mantida para o agente.

Fortuita é a embriaguez decorrente do acaso, quando o agente não tem a menor ideia de que está se embriagando, como na mistura de substâncias medicamentosas que, combinadas, levam a esse estado. Também é fortuita aquela decorrente de mero acidente, como no exemplo de Antolisei em que o operário de uma destilaria se embriaga pela inalação dos vapores do álcool, presentes na área em que trabalha[749].

A embriaguez proveniente de força maior coincide com aquela originada de eventos sobre os quais o agente não tem controle, como no caso do agente que é obrigado a ingerir bebida alcoólica em um trote acadêmico[750].

Trata-se aqui da teoria *actio libera in causa*, uma das mais espinhosas construções referentes à culpabilidade, por ser entendida como resquício de responsabilidade penal objetiva. A teoria *actio libera in causa* (ação livre na conduta), também adotada no Código Penal comum, não exclui a imputabilidade de quem se colocou, de forma proposital ou culposa, na posição de inconsciência ou de ausência de autocontrole, nessa condição praticando um delito. Considera-se que a conduta é composta de dois momentos: no primeiro, quando ocorre a embriaguez, o indivíduo é livre, podendo optar, por exemplo, por não beber; no segundo, quando pratica a conduta delitiva nuclear, já está sob efeito da substância embriagante, podendo em certas situações discernir (incompleta) e em outras não o podendo (completa). Em razão da possibilidade de escolher no primeiro momento a imputabilidade é mantida por uma opção legislativa, restando responsabilização ao agente.

Ensina César Dario Mariano que, à luz estrita da teoria *actio ibera in causa*, para que houvesse responsabilização, o dolo ou a culpa, conforme o caso, deveriam estar presentes tanto em relação à embriaguez quanto no fato que a sucede. Contudo, ressalta o autor que, mesmo havendo completa embriaguez voluntária (culposa ou dolosa), a lei penal comum, e também o fez a militar, confere a responsabilização do agente, o que na sua visão, inequivocamente, configura-se em responsabilidade penal objetiva**[751]**.

Com efeito, aquele que se encontra, completa ou parcialmente, embriagado por sua vontade também não tem capacidade para entender a ilicitude de sua conduta, porém a *actio libera in causa* possibilita a responsabilização penal na seguinte proposição: a atribuição do resultado típico ao autor fundamenta-se no momento em que havia capacidade de culpabilidade, portanto, anterior ao fato criminoso, doloso ou culposo, em que encontra a subsunção ao tipo legal (teoria do tipo). Em suma, o fundamento para a capacidade de culpabilidade está não no momento *volitivo*, mas no momento *intelectual* da culpabilidade. Como já dissemos, esse entendimento, assim como toda a construção acerca da *actio libera in causa*, é muito combatido, havendo notáveis vozes que se levantam em favor da não responsabilização penal em casos de embriaguez completa voluntária.

Curioso notar que, como consequência legal da embriaguez não proveniente de engano, caso fortuito ou força maior, ter-se-á a agravação da pena, nos termos da alínea *c* do inciso II do art. 70 do CPM, previsão que é muito mais complexa do que aparenta em primeira leitura.

Em primeiro plano, deve-se verificar que a circunstância agravante pela embriaguez não resultante de caso fortuito, força maior ou engano apenas se aplica ao militar, visto que para o não militar, nos termos do parágrafo único do art. 70, a agravação somente ocorrerá na embriaguez não apenas voluntária, mas em um nível acima, na embriaguez denominada *preordenada*, ou seja, aquela em que o agente busca o estado de embriaguez para ter, por exemplo, a coragem de praticar o delito em momento posterior.

Outro ponto relevante diz respeito à nova questão que surge na letra *c* do inciso II do art. 70, qual seja, a embriaguez oriunda de *engano*, palavra não contemplada para a exclusão da imputabilidade no art. 49 do CPM. Após detido raciocínio, embora possam surgir interpretações divergentes, entendemos que da interpretação sistêmica do CPM, focando os arts. 70 e 49, devemos entender que a embriaguez por motivo de força maior ou por caso fortuito são sinônimas de embriaguez involuntária, podendo, se completa, excluir a imputabilidade e, se incompleta, atenuar a pena. A ela se opõe a embriaguez voluntária em sentido lato, ou seja, não amparada por motivo de força maior ou por caso fortuito, podendo, como acima já mencionado, resultar de conduta dolosa (voluntária em sentido estrito) ou culposa, quando a imputabilidade estará intacta, seja a embriaguez completa ou incompleta. A embriaguez culposa, no nosso entender, ainda que oriunda de uma conduta inicial voluntária – já que não se obrigou o agente a consumir a substância embriagante –, origina-se também por um engano, por exemplo, o agente deseja ingerir substância alcoólica equivocando-se na quantidade que suporta para manter-se em desejável estado de controle, ou no teor alcoólico da substância ingerida. Neste caso, embora seja o agente imputável, não haverá a agravação de pena mesmo que seja ele militar. Assim, a embriaguez por engano confunde-se com a embriaguez culposa, a qual, embora não exclua a imputabilidade, por não ser proveniente de caso fortuito ou força maior, não significará também agravação da pena.

Por fim, há que ser mencionado ainda que se a embriaguez for praticada durante o serviço, haverá ilícito penal próprio, capitulado no art. 202 do CPM, que também considera crime o apresentar-se embriagado para prestar o serviço.

Para melhor compreensão, poderíamos resumir a embriaguez no Código Penal Castrense no seguinte quadro:

EMBRIAGUE
Patológica: considerada doen condutora a uma falta de disc resultar na inimputabilidade d falar em responsabilização pe culpabilidade (*caput* do art. 4 suprima completamente o disc de semi-imputabilidade, que c genérica de diminuição de pe parágrafo único do art. 48 do

Involuntária (resultante de caso fortuito ou força maior, ou seja, o agente não quer se embriagar nem consome a substância embriagante por sua vontade, e sim por acidente ou forçado a fazê-lo):	**C** co nã en pe cu ar
	In se im ap ca di cr es pr

		ter do
		Er mi 20 ha co so en do co ca Cl

	Dolosa (voluntária em sentido estrito, ou seja, o agente não só quer consumir a	

substância
embriagante,
mas quer
também
atingir o
estado de
embriaguez):

Fo
se

Voluntária em sentido lato (não resultante de caso fortuito ou força maior, ou seja, o agente consome a substância embriagante		

porque quer):		

		Culposa (que se confunde com embriaguez por engano):	**Se qu te oc en**

— Emoção e paixão

Por previsão expressa, o Direito Penal comum não considera a emoção e a paixão causas que levam à inimputabilidade, conforme dispõe o inciso I do art. 28 do Código Penal comum.

Embora não haja dispositivo expresso nesse sentido, pelo silêncio da norma, a mesma compreensão deve ser dada ao Direito Penal Militar, ou seja, quem age sob emoção, ainda que violenta, ou sob paixão poderá, sob o prisma da imputabilidade, ser responsabilizado.

A emoção é "um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da afetividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica (pulsar precípite do coração, alterações térmicas, aumento da irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, alterações vasomotoras, intensa palidez ou intenso rubor, tremores, fenômenos musculares, alteração das secreções, suor, lágrimas etc.)"**[752]**. Assim, são exemplos de emoção a alegria, a tristeza, a ansiedade etc.

As emoções podem ser *astênicas* ou *estênicas*. As primeiras são compreendidas como aquelas, presentes em quem sofre debilidade orgânica, que geram pavor, medo, desespero etc. As *estênicas* decorrem de uma pessoa vigorosa, forte e ativa, resultando em cólera, destempero. Há situações fronteiriças, quando um estado pode gerar o outro**[753]**.

Seja como for, a emoção não excluirá a imputabilidade, podendo

apenas privilegiar alguns delitos, caso do homicídio (art. 205, § 1º, do CPM) e da lesão corporal (art. 209, § 4º, do CPM), ou atenuar a aplicação da pena de outros tipos penais (art. 72, III, *c*, do CPM), quando violenta e provocada por ato injusto da vítima.

A paixão, por seu turno, pode ser definida como originária da emoção, porém de maneira mais exacerbada, levada ao extremo e de forma mais duradoura, causando maiores alterações nervosas ou psíquicas, sendo exemplos o ódio, o amor, a vingança, o ciúme etc.

Logo se percebe que a paixão, sendo conceituada como emoção exacerbada, pode confundir-se com a emoção violenta, avassaladora e, por isso, embora, *em regra*, não exclua a imputabilidade, pode ter o mesmo efeito legal no CPM que a violenta emoção, ou seja, privilégio em alguns crimes ou circunstância atenuante em outros. Expressamente, o Código Penal Castrense apenas se refere à paixão no delito de abuso de pessoa (art. 252), dispondo ser crime apenado com reclusão de dois a seis anos o ato de "abusar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de função, em unidade, repartição ou estabelecimento militar, da necessidade, paixão ou inexperiência, ou da doença ou deficiência mental de outrem, induzindo-o à prática de ato que produza efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro, ou em detrimento da administração militar". Ressalte-se que aqui a paixão não é polarizada na sujeição ativa, e sim na passiva, não se afigurando ao que foi discutido acima.

Note-se que utilizamos cautelosamente a expressão "em regra" para definir que a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade, e essa cautela se justifica na importante observação trazida por César Dario Mariano, ao consignar que "se a emoção ou a paixão forem de cunho patológico, poderá ocorrer a exclusão da culpabilidade"**[754]**, mencionando o autor a regra geral do *caput* do art. 26 do Código Penal comum, correspondente ao *caput* do art. 48 do CPM, desde que preenchidos os requisitos para se reconhecer a inimputabilidade.

c) Potencial conhecimento da ilicitude

A imputabilidade fornece a base para o conhecimento da ilicitude (ou da antijuridicidade). Em outros termos, a imputabilidade leva à presunção de que

o agente conhecia o caráter ilícito de sua conduta. Tal presunção, no entanto, pode ser afastada por uma exploração mais específica, mais afeita às circunstâncias do agente, quando se pode concluir que não era ele, sequer potencialmente, capaz de conhecer a ilicitude. Para se aferir a culpabilidade, portanto, também é necessário que "o sujeito possa conhecer, mediante algum esforço de consciência, a antijuridicidade de sua conduta"[755].

Para o causalismo, como o dolo se situava na culpabilidade, essa consciência da antijuridicidade se situava no dolo (*dolus malus* ou *dolo normativo*). Hoje, entretanto, com o dolo deslocado para o injusto típico (*dolo natural*), mais precisamente no fato típico, separou-se da ausência do conhecimento da antijuridicidade, o que significa dizer que, uma vez não conhecida a ilicitude do fato, no Código Penal comum, não haverá exclusão de dolo, mas da culpabilidade (se invencível essa ignorância).

Lembremo-nos, portanto, de que no Código Penal comum, a ignorância da ilicitude não afasta o dolo, porquanto não o integra. Quem age sem, ao menos potencialmente, conhecer a ilicitude, apesar de agir dolosamente, estará, na visão mais aceita, em excludente de culpabilidade, denominada erro sobre a ilicitude do fato, nos termos do art. 21 do referido diploma. Em outra abordagem, no entanto, o erro também poderá excluir o dolo (não pela inconsciência da ilicitude, mas por eliminar o requisito cognitivo ou o volitivo), levando a uma causa que pode excluir a tipicidade, já que lá está alocada, no interior da conduta, a problemática do dolo, no conhecido erro sobre elemento constitutivo do tipo (art. 20 do CP).

No Código Penal Militar a exclusão do dolo, seja pela ausência de seus elementos cognitivo ou volitivo como também pela ausência real da consciência da ilicitude, que compõe o dolo, implicará exclusão da culpabilidade, por exemplo, por reconhecimento do erro de fato, nos termos do art. 36 do CPM.

Assim, ao se discutir a consciência da ilicitude, tanto no CP como no CPM, deve-se incursionar na discussão do erro e de suas variações num e noutro diploma, o que faremos a partir de agora.

— A problemática do erro e a consciência da ilicitude

Direito Penal comum. Entende-se por erro uma falsa compreensão da realidade, uma suposição equivocada acerca de determinado fato ou circunstância. Trasladando esse conceito para o Direito Penal, poder-se-ia afirmar que o erro caracteriza-se pela prática de uma conduta considerada típica, contrária à vontade do agente, que somente a praticou daquela forma por ter incorrido em um equívoco, podendo tal equívoco incidir sobre elementos presentes no fato real ou sobre a vedação legal para esse atuar.

Tratando-se do Direito Penal comum, a dicotomia apresentada se dá no erro sobre elementos constitutivos do tipo, ou simplesmente erro de tipo, e erro sobre a ilicitude do fato, ou simplesmente erro de proibição.

Embora no Direito Penal comum, ao tema da consciência da ilicitude interesse apenas o erro de proibição, porquanto o erro de tipo afeta a tipicidade, por uma questão prática de melhor estudo do Direito Penal Militar, veremos neste ponto as principais características de ambos, iniciando pelo erro de tipo.

Erro de tipo. Há que firmar, inicialmente, que o *erro de tipo* pode ser *essencial* ou *acidental*.

No *erro de tipo essencial*, o erro incide sobre elemento constitutivo do crime, sem o qual o ilícito não ocorreria. Não há na conduta do agente a intenção de delinquir. A tipicidade objetiva é alcançada por falsa compreensão da realidade.

O dolo, no sistema vigente no Código Penal comum, deve abranger a consciência e a vontade a respeito dos *elementos descritivos e normativos* do tipo legal. Assim, estará excluído o dolo quando o agente tiver uma falsa percepção dos elementos constitutivos do tipo, ou seja, sobre a pessoa, a conduta, a coisa etc.

Como exemplos de erro sobre os *elementos descritivos*, Mirabete cita o caçador que atinge um fazendeiro pensando estar alvejando a caça; o pai que aplica substância corrosiva sobre o ferimento do filho pensando ser pomada curativa; ou a gestante que ingere substância abortiva pensando ser calmante**[756]**. Nesses casos o erro incide sobre fatos que compõem elementos do tipo penal, ou seja, o caçador não sabe que mata *alguém*, o pai não sabe que *ofende a integridade física* de seu filho e a gestante não sabe que a substância

ingerida é medicamento que *provoca* o aborto.

Como já assinalado, o erro pode também recair sobre o *elemento normativo* do tipo, configurando-se, da mesma forma, erro de tipo, excludente de dolo. Assim, se o agente sai de restaurante e leva consigo um guarda-chuva pensando ser o seu, e se o agente oferece vantagem a empregado de empresa paraestatal supondo não haver equiparação deste a funcionário público (art. 327 do CP), o dolo estará excluído em ambos os casos.

Com a ocorrência do erro de tipo desaparece a finalidade típica, exigida para a configuração do delito pela *teoria finalista da ação*, pois toda conduta humana traz em seu bojo um fim, que deve ser analisado sob o critério técnico-jurídico. Em outras palavras, não há no agente, nos casos supracitados, a vontade de realizar o tipo objetivo; manifesta-se apenas a tipicidade objetiva, afastando-se a tipicidade subjetiva.

O art. 20 do CP comum traz expressamente a previsão sobre o erro de tipo, sob a rubrica *erro sobre elementos do tipo*. O § 1º desse artigo trata das *descriminantes putativas*, que, para parte da doutrina, adotando-se a *teoria extremada da culpabilidade*, devem ser consideradas *erro de proibição*, e não *erro de tipo*.

Como consequência do erro de tipo essencial, se invencível, afastará não só o dolo, mas também a culpa do agente, importando em atipicidade do fato e, portanto, excluindo-se o crime. Por outro lado, em se tratando de um erro de tipo essencial ao qual poderia evitar, estará intacta a culpa, podendo, a esse título, responder se houver modalidade culposa do delito em análise. Em outras palavras, excluído o dolo pelo erro de tipo essencial, deve-se avaliar se era vencível ou invencível pelo agente, somente havendo tipicidade do fato se a legislação penal o enumerar como crime na modalidade culposa (*princípio da excepcionalidade do crime culposo*).

Já o *erro acidental* incide sobre fatos constitutivos do tipo, mas sem relevância para alcançar a tipicidade objetiva. Há, portanto, tipicidade subjetiva e persiste a tipicidade objetiva. Sem elas o crime não deixa de existir. Assim, o agente que furta sacas de milho de um armazém supondo tratar-se de soja (*erro

de tipo acidental, referente à coisa), ou o agente que, querendo matar *A*, acaba por atingir *B*, causando-lhe a morte (*erro de tipo acidental*, referente à pessoa – erro *in persona* ou *aberratio ictus*), responderá, em regra, normalmente pelo delito praticado. Note-se que nesses casos a intenção de prática do ilícito pelo agente existe e o resultado somente não se processa ou se processa de modo diverso ao almejado.

Erro de proibição. No que concerne à consciência da ilicitude, a discussão ingressará pelo estudo do erro de proibição e das descriminantes putativas fáticas, neste caso com a adoção da teoria extremada da culpabilidade em oposição à teoria limitada da culpabilidade. Na *teoria normativa pura*, o tema é discutido segundo o enfoque das teorias da culpabilidade: a *teoria extrema*, *extremada* ou *estrita* e a *teoria limitada*.

Fruto do deslocamento do dolo para o tipo de injusto e do isolamento da consciência da ilicitude (potencial e não real) na culpabilidade (portanto, fruto da teoria *finalista*), as teorias da culpabilidade são concordantes em conceber a relevância do erro jurídico-penal em duas searas, quais sejam, o tipo e a consciência da ilicitude.

Dessa forma, se o equívoco do agente recair sobre algum dado (elemento) que constitua o tipo penal, estará ele diante de um erro de tipo, que surtirá efeito no dolo. Por outro lado, se o erro recair sobre a ilicitude da conduta, estará o agente diante de um erro de proibição, que poderá, se invencível, eliminar a consciência da antijuridicidade e, por consequência, a própria culpabilidade.

Passa-se, portanto, à nova dicotomia entre erro de tipo e erro de proibição, hoje verificada no Código Penal comum.

A discrepância entre as teorias da culpabilidade apontadas, extremada e limitada, em matéria do erro, repousa apenas no tratamento dado às descriminantes putativas, que para alguns, em sendo fáticas, configurar-se-iam em erro *sui generis*, uma terceira modalidade existente entre o erro de tipo e o erro de proibição.

Para a *teoria extremada da culpabilidade*, todo erro sobre a

antijuridicidade do fato significa erro de proibição, portanto, afetando a culpabilidade, mesmo que seja erro sobre as causas de justificação. "Assim, por exemplo, na legítima defesa putativa, atua o agente com dolo sempre: se seu erro era plenamente justificado pelas circunstâncias (escusável) não há culpabilidade e, em consequência, não há responsabilidade penal; de outro lado, se o erro era vencível, inescusável (= erro que deriva de culpa), há a culpabilidade, e a teoria em destaque sustenta que nesta hipótese subsiste a responsabilidade penal pelo tipo doloso, com a possibilidade de redução da pena do crime doloso. É impossível, de acordo com a teoria extremada da culpabilidade, a condenação do agente por crime culposo"**[757]**.

A *teoria limitada da culpabilidade* também considera que a consciência da ilicitude não integra o dolo – portanto, inovação dos postulados finalistas – e divide o estudo do erro em erro de tipo e erro de proibição, divergindo da *teoria extremada*, entretanto, no tratamento do erro sobre as causas de justificação.

Para a *teoria extremada*, nas várias hipóteses de erro nas descriminantes o dolo ficará intacto. Já a "teoria limitada faz uma distinção entre o erro que recai sobre a situação de fato (descriminantes putativas fáticas) e o erro do agente que recai sobre a existência ou limites jurídicos de uma causa de justificação (demais hipóteses de erro nas descriminantes putativas): o primeiro é equiparado a erro de tipo, com efeito de excluir o dolo, enquanto os dois últimos são tratados como erro de proibição, só excludente ou atenuante da culpabilidade"**[758]**.

Ao discorrer sobre o assunto, Bitencourt reafirma alguns pontos em comum entre as teorias da culpabilidade, como o fato de ambas situarem o dolo no tipo e a consciência da ilicitude na culpabilidade e de defenderem o erro de proibição inevitável como causa de exclusão da culpabilidade, sem possibilidade de punição a qualquer título de dolo ou culpa. Já como diferenças, aponta o insigne doutrinador: "para a teoria extremada todo e qualquer erro que recaia sobre uma causa de justificação é erro de proibição, com as consequências próprias desse tipo de erro. Para a teoria limitada há distinção entre duas espécies de erro: uma, a que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, que considera tratar-se de erro de tipo permissivo; outra, a que recai

sobre a existência ou a abrangência da causa de justificação, que considera erro de proibição"**[759]**.

Ainda que a *teoria extremada da culpabilidade* seja a dominante entre aqueles adeptos do *finalismo*, assente a doutrina na afirmação de que o Código Penal comum, após a reforma da Parte Geral em 1984, adotou a *teoria limitada da culpabilidade*. Com efeito, na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, especificamente no item 17, admite-se a sintonia com a *teoria limitada da culpabilidade*.

Voltemos, então, à discussão do erro de proibição, tomando por premissa a teoria extremada da culpabilidade.

No *erro de proibição* – ao contrário do erro de tipo, que exclui o dolo e se traduz pela ignorância do agente sobre a sua conduta (não sabe o que faz) – evidencia-se que o agente sabe o que está fazendo, porém desconhece sua ilicitude (sabe o que faz, mas acredita conduzir-se de acordo com a ordem jurídica, isto é, que sua conduta é lícita). Nesse caso, estará afastada a compreensão da antijuridicidade do fato e, por consequência, poderá ser eliminada a culpabilidade, segundo os postulados da teoria normativa pura.

No erro de tipo, a título de comparação, a incidência se dá sobre os elementos do tipo penal, enquanto o erro de proibição recai sobre a consciência da ilicitude do fato, que é um elemento ou pressuposto da culpabilidade. Não merece, dessarte, a conduta apreciada a reprovação social.

Como vimos, para a existência de culpabilidade é mister que o agente, ao menos, tenha a possibilidade de conhecimento da ilicitude de sua conduta. Há o erro de proibição, dessa forma, quando o agente supõe que seu comportamento é lícito. Trata-se de um conhecimento acessível ao leigo, não ao jurisconsulto, representando a capacidade de compreensão do *homo medius*, expressão muito combatida por carecer de precisão, mas que ainda continua a orientar o raciocínio médio na discussão do erro.

Incorre em *erro de proibição*, por exemplo, o empregado que vende mercadoria do empregador com o escopo de receber salários atrasados, supondo ser sua conduta lícita (ressalte-se que o juízo deve ser o do homem médio); bem

como o agente que, a pedido da vítima, desliga aparelho que mantém função vital em doente terminal (vítima), supondo ser lícita a prática da eutanásia. Igualmente incorre em erro de proibição o agente que pratica conjunção carnal com alienada mental, com o consentimento desta, desconhecendo que, no caso, há norma expressa que levará à configuração do estupro de vulnerável.

A doutrina identifica como espécies de erro de proibição: 1) *erro de proibição direto* – incide diretamente sobre a norma ou a lei penal (caso da conjunção carnal com alienada mental, acima citado); 2) *erro de proibição indireto* (também chamado *erro de permissão*) – tem por objeto a representação de causas de justificação existentes apenas na cabeça do agente, e não de fato (caso do empregado que vende mercadorias do patrão, tomando para si o valor da venda por estar com salários atrasados); 3) *erro de tipo permissivo* – consiste na falsa compreensão da realidade acerca de uma causa de exclusão da antijuridicidade, existente juridicamente porém não faticamente; são as descriminantes putativas fáticas que, conquanto a previsão legal esteja no § 1º do art. 20 do CP, como já ressaltado, devem ser consideradas *erro de proibição*, baseado na *teoria extremada da culpabilidade*.

Para que haja a exclusão da culpabilidade, entretanto, o erro deve revestir-se de inevitabilidade. Deve ser escusável, invencível, a ponto de não se poder exigir conduta diversa do agente.

Direito Penal Militar. No Código Penal Militar, de estrutura *causalista neoclássica*, não é essa a conformação a ser dada ao assunto, e para entendê-la, façamos uma breve recapitulação da concepção da culpabilidade no modelo do Código Castrense, à luz da teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

Em síntese bem apertada, a culpabilidade, que no *causalismo clássico* era puramente psicológica, passou no modelo *neoclássico* a congregar outros elementos, podendo ser resumidos em três: 1) imputabilidade; 2) dolo e culpa; 3) exigibilidade de conduta conforme ao Direito.

Há que se ressaltar, como acima suscitado, a fundamental alteração sistêmica no que concerne à relação entre dolo e consciência da ilicitude. Por influência da teoria teleológica do Direito que levou à culpabilidade normativa,

em um sentido axiológico, passou-se "a aceitar a consciência da ilicitude como requisito da culpabilidade, mais precisamente como dado que se agrega ao dolo e assim acolhe-se o denominado *dolus malus* (dolo normativo ou dolo jurídico), isto é, dolo mais consciência da ilicitude"**[760]**. Em outros termos, aquele que não possui consciência do injusto no momento da ação não poderá responder pelo delito de forma dolosa.

A propósito do estudo do *erro jurídico penal*, a adoção do *dolus malus* repercute diretamente no tema, porquanto a exigência da consciência da ilicitude para o reconhecimento do dolo pressupõe que o autor deva ter plena ciência dos elementos constitutivos do tipo e também a consciência real do injusto. Surgem, pois, as teorias normativas do dolo: *a teoria estrita* ou *extrema do dolo* e a *teoria limitada do dolo*.

Por essas teorias, o erro, seja de fato, seja de direito, como dispõe o Código Penal Militar, afeta diretamente o dolo, podendo-se sedimentar que o *erro inevitável* significa exclusão do dolo (e também da culpa) e, por consequência, da culpabilidade (entenda-se, exclusão de responsabilidade penal). Por outro lado, sendo o *erro evitável*, o dolo também estaria excluído, restando, entretanto, a punição pelo delito culposo, desde que previsto em lei (*teoria extrema do dolo*), ou por doloso (*teoria limitada do dolo*).

Há, dessarte, uma unificação do erro, ou seja, "dentro dessa concepção não há espaço para a distinção entre erro de fato e erro de direito ou, seguindo a terminologia moderna, erro de tipo e erro de proibição. Com efeito, se o erro do agente recai sobre os elementos integrantes do tipo ele afeta o dolo e, do mesmo modo, se recai sobre a proibição da conduta também afeta o dolo, porque dele faz parte a consciência da ilicitude"**[761]**.

Nesse contexto doutrinário, seguindo a tradição romanística, o Código Penal Militar adota a distinção clássica entre *erro de direito* e *erro de fato*, notadamente em seus arts. 35, 36 e 37, todos influenciando a culpabilidade pela constatação do dolo e de sua intensidade. Tal classificação significa frontal divergência com o Código Penal comum, que, como assinalado, consagra o *erro de tipo* e o *erro de proibição* (arts. 20 e 21).

Erro de fato. O art. 36 do Código Castrense cuida do *erro de fato essencial*, dispondo, *in verbis:* "É isento de pena quem, ao praticar o crime, supõe, por erro plenamente escusável, a inexistência de circunstância de fato que o constitui ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima".

Nota-se no dispositivo acima que o artigo apresenta duas possibilidades para que se verifique o *erro de fato essencial*. A primeira, quando o agente supõe, no momento da conduta, inexistir alguma situação de fato que constitui o crime. Pode-se dar como exemplo o militar que atira contra um alvo no estande de tiro supondo *inexistir* alguém atrás deste, vindo a atingir a silhueta e a pessoa que estava atrás. Fica claro que o agente supunha inexistir alguém atrás do alvo. A segunda modalidade diz respeito, muito embora não haja um destaque como no Código Penal comum, às descriminantes putativas, visto que o agente supõe existir uma situação fática que tornaria sua conduta legal. Pode-se exemplificar com o miliciano que persegue marginal, que adentra o quintal de uma residência; nesse ambiente, em meio à penumbra e vendo alguém vir em sua direção com um objeto brilhante na mão, o militar do Estado dá a voz de prisão e, diante de uma reação brusca da pessoa, de quem somente via o vulto, dispara atingindo-a mortalmente. Descobre posteriormente haver atingido a pessoa que perseguia, porém, esta estava desarmada, empunhando um outro objeto na mão. Nesse caso, o policial pensava estar amparado por real legítima defesa, quando na verdade não o estava, ou seja, *supunha existir situação de fato que tornaria a sua ação legítima*.

O *erro de fato essencial* tem por consequência a isenção de pena, se for escusável (invencível, inevitável). Em outras palavras, há exculpação, que ocorre pela exclusão do dolo, já que na estrutura causalista neoclássica do Código Penal Militar, como exaustivamente mencionado, o dolo está alocado na culpabilidade. Caso se configure em erro vencível, que decorra de culpa do agente, embora haja a exclusão do dolo, permanecerá a culpa, valendo dizer que o agente responderá pela modalidade culposa do delito, se houver previsão típica dessa modalidade, conforme dispõe o § 1º do art. 36 do diploma em comento.

Embora haja a previsão legal do erro de fato, o que sem sombra de dúvida permite sua aplicação pelo operador do Direito Penal Militar, mantendo a

coerência de nosso raciocínio, parece-nos mais consentâneo o entendimento segundo o modelo finalista, quando então deveríamos cindir o dispositivo. Por essa proposta, na primeira hipótese (*supõe a inexistência de situação de fato que constitui o crime*) teríamos a exclusão do dolo a eliminar a própria conduta, portanto um problema de tipicidade, e não de culpabilidade (erro de tipo); remanesce a culpa, que *poderá* também ser excluída se, por exemplo, o erro for inevitável, podendo ainda ocorrer a exclusão da culpabilidade (adotando-se a teoria normativa pura) em caso de não haver, ao menos potencialmente, consciência da antijuridicidade da conduta (erro sobre a ilicitude do fato). Já na segunda possibilidade, invocando-se a teoria extremada da culpabilidade, a descriminante putativa seria entendida como espécie de erro de proibição, exculpada também pelo não conhecimento da ilicitude, visto que o agente quis agir conforme o direito, pensando estar amparado por uma excludente de antijuridicidade.

Uma pergunta neste ponto é cabível: como aplicar a dicotomia em matéria de erro prevista no CP se o CPM tem expressa e distinta conformação?

Para responder a essa indagação, deve-se, primeiro, ressaltar que, como já defendemos nesta obra, é perfeitamente possível a aplicação de dogmas finalistas, ou de qualquer outro modelo que venha a ser mais bem considerado, em uma moldura causalista, sob pena de responsabilização penal descompassada com a moderna teoria do fato punível, divorciada, em vários pontos, do heroico princípio da culpabilidade, e essa aplicação, também já defendemos, encontrará limites na lei, salvo se por construção específica cotejando o CPM com a Constituição concluir-se pela não recepção de certo dispositivo, quando surgiria uma lacuna na norma penal autorizadora de integração por analogia (*in bonam partem*). Parece exatamente ser o caso da sistemática adotada pelo CPM para o erro jurídico penal, mormente focando a análise sobre o erro de direito.

A aplicação dos novos dogmas (finalistas) ao Código Penal Militar não traz, especificamente no que tange ao erro de fato essencial, consequências práticas muito distintas das que se verificariam com a aplicação estrita do art. 36, o que já não ocorre em se tratando do erro de direito, cuja aplicação pura levaria a punições extremamente injustas, divorciadas do princípio da culpabilidade,

mormente por possibilitar uma responsabilidade penal objetiva, desprovida de dolo ou culpa. Assim, se aceitarmos a inconstitucionalidade do art. 35 do CPM, como abaixo sustentaremos, deve-se afastar, em nome de uma logicidade sistêmica, não só o erro de direito, mas também o erro de fato, trasladando por analogia a dicotomia vigente no Código Penal comum (erro de tipo e erro de proibição).

Todavia, necessário lembrar que nossa obra se destina ao estudo do Direito Penal Militar, o que implica também seu estudo dogmático em alinho ao atual diploma penal castrense. Por essa razão, para os que aceitam a realidade do CPM em matéria de erro sem os questionamentos feitos, prosseguimos na análise do art. 36.

No *erro de fato essencial*, com previsão semelhante ao erro de tipo no Código Penal comum (art. 20, § 2º, do CP), a responsabilidade penal pode recair sobre aquele que provoca o erro, seja a título de culpa ou de dolo, conforme o caso (art. 36, § 2º, do CPM). Assim, se um médico militar da ativa, desejando matar outro militar em situação de atividade, seu paciente, prescreve medicamento que lhe causará a morte, sendo este injetado por uma enfermeira, também militar da ativa, se o erro for inevitável, ou seja, se a enfermeira não atuar culposamente, em relação a ela, que injetou o medicamento, será reconhecido o erro de fato essencial, na primeira hipótese do art. 36 do CPM, devendo o médico militar responder como autor de homicídio doloso, por ter provocado dolosamente o erro da enfermeira.

Imagine-se, em outro exemplo, que um oficial da Polícia Militar planeje uma instrução de abordagem policial para alunos de escola de formação, inclusive determinando que alguns dos alunos, para alcançar maior realismo, coloquem trajes civis e se armem com revólveres e munição de festim, desencadeando a simulação no interior do quartel, mas sem a cautela de determinar a todo o serviço de dia que avise quem ingressar no quartel de que tal cena se trata de uma instrução, e não de uma invasão real do quartel. Nesse contexto, em complemento, um sargento, sem saber dessa instrução para alunos, até mesmo por não ter sido avisado pela Guarda do Quartel e, para tornar ainda mais crível a situação, em período em que as Unidades Militares estão sendo

vítimas de ataques de instituições criminosas, ao verificar a cena supõe tratar-se de uma situação real, dando voz de prisão às pessoas em trajes civis – na verdade alunos da escola de formação – que se voltam para o graduado com arma em punho, motivando, assim, que este desfira os tiros pensando estar em estrito cumprimento do dever legal. Nessa situação, se provocada lesão corporal ou morte em um dos alunos da escola, o sargento teria agido em erro de fato essencial, nos termos da segunda parte do *caput* do art. 36, contudo, a forma negligente como a instrução foi preparada colocaria o seu idealizador, o oficial, na linha de responsabilização penal, por ter provocado culposamente o erro do sargento (art. 36, § 2º, do CPM), respondendo por lesão corporal (ou homicídio, conforme o resultado obtido) na forma culposa.

Deve-se notar também que o *erro de fato*, tal como ocorre com o *erro de tipo* no Código Penal comum, contempla a espécie *acidental*, que também incide sobre a pessoa ou o objeto, não constituindo elemento fundamental do crime, que persiste apesar do erro, tornando-se irrelevante penalmente.

Dele trata o art. 37 e seus parágrafos, enumerando circunstâncias como o erro *in persona*, *aberratio ictus* e *aberratio criminis*.

Iniciemos pelo erro *in persona* e pelo *aberratio ictus*. O *caput* do art. 37 dispõe que "Quando o agente, por erro de percepção ou no uso dos meios de execução, ou outro acidente, atinge uma pessoa em vez de outra, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela que realmente pretendia atingir. Devem ter-se em conta não as condições e qualidades da vítima, mas as da outra pessoa, para configuração, qualificação ou exclusão do crime, e agravação ou atenuação da pena".

Fácil observar que, embora tenha a rubrica "erro sobre a pessoa", o dispositivo transcrito prevê ainda o erro de execução (*aberratio ictus*). A diferença entre os dois institutos, assim nos parece, reside na origem do erro. Embora em ambos os casos a conduta seja direcionada a uma pessoa, porém atingindo pessoa diversa, no erro sobre a pessoa (*error in persona*) há a confusão na mente do sujeito ativo, que, por exemplo, na penumbra da noite, confunde *A* com *B*. Já no caso do erro de execução, o agente direciona a conduta para a

pessoa correta, mas, por alguma falha, por exemplo, por erro de pontaria, acaba atingindo outra. Em ambos os casos, como dispõe o artigo, o agente deve responder – salvo em casos de crime impossível, por exemplo, quando quer matar *A* e atinge *B* que já estava morto por outro motivo – como se tivesse atingido a pessoa que desejava.

Pode-se citar como exemplo o militar que quer agredir seu superior mas o confunde com um soldado e acaba por atingir este. No caso, teremos o *erro de fato acidental*, respondendo o agente como se tivesse praticado a agressão contra seu superior.

Atenção muito especial deve ser dada à parte final do art. 37, que permite o traslado das qualidades e condições da vítima, inclusive para a exclusão do crime. Parece-nos óbvio que a lei penal militar possibilitou nesse ponto inclusive a comunicação de condições presentes na vítima potencial (aquela a quem deveria ser dirigida a conduta) que evidenciem excludentes de ilicitude para a vítima real (aquela a quem a conduta, de fato, atingiu); esse dispositivo, contudo, deve ser somado ao art. 45 do CPM, que trata do excesso nas excludentes de ilicitude. Assim, se um policial militar, atirador de elite (*sniper*), mediante autorização do comandante de uma operação de gerenciamento de crise, direciona sua conduta a *A*, que ameaça a vida de *B*, portanto estando a conduta do militar do Estado amparada por estrito cumprimento do dever legal, errando o tiro e atingindo *C*, sua conduta continuará amparada pela excludente de ilicitude, porém deverá ser analisado o excesso em suas formas dolosa, culposa ou exculpável, podendo, por exemplo, responder por homicídio culposo em relação a *C*.

A propósito do *erro de fato acidental*, cabe fazer comentário sobre o conflito de competência que pode surgir em razão da existência de, por exemplo, *aberratio ictus* e da aplicação do parágrafo único do art. 9º do CPM, em face de crime doloso contra a vida, que ganhou relevância constitucional com a Emenda Constitucional n. 45/2004. Em outras palavras, se o agente pretende matar um militar e por erro na execução acaba por atingir um civil, de quem será a competência de julgamento?

Parece evidente que o instituto do erro de fato acidental se contém no

Direito Penal Militar, não sendo possível sua influência em outro ramo do Direito, como o Processual Penal Militar e o Constitucional. Por outras letras, embora o crime possa ser caracterizado como militar, por aplicação do art. 37, no caso do crime doloso contra a vida, no plano da competência de julgamento que envolve questões processuais penais militares e constitucionais, não há que se reconhecer a influência do citado artigo para a definição de competência.

Em outros termos, deve prevalecer o disposto no parágrafo único do art. 9º, que, em combinação com os arts. 124 e 125 da CF, estabelece competência absoluta (*ratione materiae*), firmada em razão da condição do sujeito passivo do ilícito. Em resumo, sendo o crime doloso contra a vida perpetrado contra civil, mesmo considerando-se como crime militar por aplicação do art. 37 combinado com uma das alíneas do inciso II do art. 9º, no âmbito estadual, a competência de julgamento será do Tribunal do Júri. Essa discussão, ressalte-se, foi muito bem enfrentada por Ronaldo João Roth, em artigo específico**[762]**.

Curioso notar que se se cuidar de outro delito de que resulte a morte, por exemplo, a violência contra superior com resultado morte (art. 157, § 4º, do CPM), a vitimação por erro de um civil não implicará em julgamento pelo Tribunal do Júri, e sim pela Justiça Militar, já que excluída a regra do parágrafo único do art. 9º do CPM e do § 4º do art. 125 da CF, por não se tratar de crime contra a vida – no exemplo citado da violência contra superior o crime é classificado como delito contra a hierarquia e a disciplina militar.

O art. 37 do CPM possui ainda as previsões dos §§ 1º e 2º, que tratam do *aberratio criminis*, ou seja, o erro sobre o crime perpetrado em face da lesão a bem jurídico diverso do pretendido.

O § 1º desse artigo dispõe que, "se por erro ou outro acidente na execução, é atingido bem jurídico diverso do visado pelo agente, responde este por culpa, se o fato é previsto como crime culposo". Como exemplo, imaginemos um militar que deseja causar dano em uma janela do quartel, e contra ela arremessa uma pedra, errando o alvo e atingindo outro militar, provocando-lhe lesões corporais. Conforme determina o artigo, deveria o agente

responder por lesão corporal culposa, prevista expressamente no Código Penal Militar, sem responder pelo crime de dano, nem sequer na modalidade tentada, em alinho à estrita previsão legal.

Por outro lado, é possível que o agente, além de danificar a janela, atinja também um militar da ativa, configurando-se a duplicidade de resultado. Nesse caso, o agente responderá pelos delitos de dano doloso e lesão corporal culposa, aplicando-se a regra do art. 79 do CPM, que dispõe sobre o concurso de crimes, nos termos do que estabelece o § 2º do art. 37 do mesmo Código. Note-se que a situação em foco poderá dar-se inclusive em relação a duas pessoas – ex.: quer atingir *A* com um tiro e acaba atingindo também *B*, provocando a morte de ambos –, não configurando, propriamente, um erro sobre o bem jurídico, e sim concurso de crimes, respondendo por um resultado dolosamente e por outro, sob a forma culposa, como demanda o mesmo parágrafo.

É possível, por derradeiro, vislumbrar outras hipóteses de erro de fato acidental não claras ou não previstas na lei penal militar. Como exemplo, citemos o erro sobre o objeto e o erro sobre o nexo causal.

No primeiro caso, há a possibilidade de que o agente queira praticar um delito patrimonial, por exemplo, sobre um objeto material definido, mas, por equívoco, acaba dirigindo sua conduta para outro objeto (ex., quer furtar revólver calibre 38 da reserva de armas, mas furta, por engano em razão de estar acondicionada em embalagem errada, uma pistola calibre 9 mm). Nesse caso, responderá – salvo em hipóteses de crime impossível, como quando quer furtar determinado objeto e, por engano, furta um objeto ilícito, que não pode compor o patrimônio, bem jurídico focado pelo crime de furto – normalmente pelo crime de furto.

No caso do erro sobre o nexo causal (*aberratio causae*) o agente elege uma forma de causação do resultado pensando ter completado seu intento, porém, *a posteriori*, constata-se que a produção do resultado se deu por outro meio. Como exemplo, tome-se o militar da ativa que deseja matar seu cunhado, também militar da ativa, elegendo como meio o esfaqueamento. Após desferir vários golpes, pensando ter dado cabo à vida de sua vítima, a arremessa em um rio, constatando-se, posteriormente, que a morte fora provocada por afogamento,

e não por ferida perfurocontusa. Nesse caso, embora haja opiniões divergentes, parece-nos adequada a responsabilização do agente por homicídio doloso consumado, porquanto, com sua conduta, atingiu o resultado, mormente por, ao arremessar o corpo no rio, saber que poderia, se ainda não o houvesse conseguido, dar cabo da vida de sua vítima, caracterizando-se, no mínimo, o dolo eventual.

Erro de direito. Sob o título *erro de direito*, o Código Penal Militar prevê a possibilidade de atenuação ou substituição de pena por uma mais branda quando o agente supõe, por erro escusável (inevitável), que sua conduta é lícita. Note-se a brutal discrepância de tratamento entre a legislação penal comum e a militar: enquanto a ignorância sobre a ilicitude permite até a isenção de pena no Código Penal comum (exclusão da culpabilidade), no Código Castrense a pena pode, no máximo, ser substituída por uma mais branda (mitigação da culpabilidade) e, mais ainda, em determinados delitos, não se aplicará essa regra (crimes contra o dever militar – arts. 183 a 204 do CPM).

O *erro de direito* também incide sobre a compreensão da ilicitude da conduta, mas esse equívoco é resultante de ignorância ou erro de interpretação da lei, e não da falsa compreensão do fato, como, na segunda hipótese do erro de fato (descriminante putativa).

No estudo específico da temática vale ser transcrito exemplo que demonstrará sem sutilezas a incongruência em haver duas roupagens legais para um mesmo fato. Extraído da obra do Prof. Jorge Alberto Romeiro, tornou-se clássico e não foi combatido pela doutrina. Consiste na seguinte afirmação:

"Alguém invade compartimento não aberto ao público onde outrem exerça profissão, supondo não estar violando um domicílio.

De acordo com o CPM, trata-se de erro de direito e, com o CP comum, de erro de tipo, pois está escrito, em ambos os códigos, que o compartimento em foco é abrangido pela expressão 'casa' equivalente a domicílio (§ 4º, inciso III, dos arts. 226 e 150 do CPM e do CP comum).

Assim, por aplicação do CP comum, poderia haver isenção de pena, uma vez que o crime de violação de domicílio não é previsto como culposo (art.

20); enquanto por aplicação do CPM, não. A pena teria de ser imposta, na forma de seu art. 35..."**[763]**.

Ex vi legis, a figura em questão, como já assinalado, permite no máximo a mitigação da culpabilidade, notadamente pela substituição da pena cominada por uma mais branda ou pela atenuação – nos parâmetros do art. 73 do CPM, na ausência do *quantum* na expressa previsão do art. 35 do mesmo diploma –, o que está absurdamente em desalinho com a doutrina contemporânea, sobretudo no que tange à nova compreensão do dolo.

Como se sabe, a moderna dogmática acena no sentido de que o dolo se traduz pela consciência dos elementos caracterizadores do tipo penal e pela vontade de preenchê-los ou, como muito bem sintetiza Bitencourt, "dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto"**[764]**, ou, ainda, nos dizeres de Cirino dos Santos, "o dolo, conforme conceito generalizado, é a vontade consciente de realizar um crime, ou, mais tecnicamente, o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal. Assim, o dolo é composto de um elemento intelectual (consciência, no sentido de representação psíquica) e de um elemento volitivo (vontade, no sentido de decisão de agir), como fatores formadores da ação típica dolosa"**[765]**.

Exatamente no *elemento intelectual* é que reside a base de questionamento para o instituto ora atacado. Investigando acerca da extensão de conhecimento exigida, ter-se-á a base para afastar a aplicação do erro de direito. É dizer, delimitando exatamente qual a profundidade de conhecimento do injusto penal, visto como *tipicidade antijurídica*, exigida para se concluir por uma conduta dolosa, poder-se-á assentir na aplicação do dispositivo do art. 35 ou sustentar, como entendemos mais adequado, que, conquanto não haja a previsão legal, o dolo pode ser excluído da conduta, tal qual ocorre no erro de tipo, no Código Penal comum.

Ademais, temos também no Código Penal Militar como norte a excepcionalidade do crime culposo (art. 33, parágrafo único), valendo dizer que toda e qualquer conduta culposa não será reprimida caso a lei, especificamente a parte que trata dos crimes em espécie (Parte Especial), não enuncie essa

possibilidade expressamente.

No mesmo sentido, temos a legalidade (art. 1º do CPM) como base de todo o sistema vigente, constituindo-se princípio irrefutável da ciência penal, especial ou comum. A *forma básica do Direito Penal moderno*, nas palavras de Mirabete, traduz a impossibilidade de responsabilização do indivíduo, sem que lei anterior ao fato o tipifique como crime (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Ora, se não há crime sem lei anterior, que dizer se o fato nem sequer é tipificado?

Portanto, ainda que o art. 35 do CPM permita apenas a atenuação da pena, ou substituição por outra mais branda, com certeza o episódio citado da invasão a domicílio não merecerá reprimenda por ser fato atípico.

Caso não tenhamos convencido acerca do absurdo trazido pelo art. 35 do CPM, com base na análise do dolo e na ausência de tipicidade, façamos também um raciocínio com foco na culpabilidade e no princípio que ela encerra.

A realidade apresentada pelo erro de direito (art. 35 do CPM), assim nos parece, vai de encontro aos novos postulados do Direito Penal, à luz de um Estado Democrático de Direito, em que a responsabilização penal deve ser construída sobre base mínima, principalmente traduzida pela necessidade de que seja exigido, para a repressão penal, que o agente saiba ou ao menos tenha potencial capacidade de conhecer a ilicitude do fato. Da forma como se expõe, o erro de direito permite a responsabilização do agente ainda que não conheça, nem potencialmente, a ilicitude do fato, permitindo condenação, portanto, sem culpabilidade para o Direito Penal comum, baseado no finalismo, em que a potencial consciência da ilicitude está acondicionada como elemento da culpabilidade, bem como, por absurdo que possa parecer, para o próprio Direito Penal Militar, já que para este, com tradição causalista neoclássica, a consciência da ilicitude integra o dolo (*dolus malus*), que, por sua vez, integra a culpabilidade psicológico-normativa. Note-se que se o aplicador do Direito Penal Militar quiser seguir estritamente o disposto no art. 35 do CPM, a construção ficaria ainda mais repugnante, porquanto punir alguém que não conheça o caráter ilícito de sua conduta significaria punir alguém sem dolo, ou seja, pura responsabilização penal objetiva, o que deve ser afastado no atual estágio de

evolução do Direito Penal. Por essas razões, entendemos que o art. 35 não foi recepcionado pelo atual ordenamento jurídico constitucional, permitindo, como já afirmamos a constatação de uma lacuna autorizadora da aplicação, por analogia, da disciplina do Código Penal comum sobre a matéria do erro, embora o ideal fosse a alteração da lei penal militar, que poderia, por exemplo, permitir a isenção de pena no erro de direito escusável, sem limitar sua aplicação a certos crimes, como absurdamente o faz para os crimes contra o dever militar.

Por fim, no sistema apresentado pelo CPM, surge uma última questão, desta feita afeta à vedação de ignorância da lei. O axioma *a ninguém é dado desconhecer a lei* leva à aplicação da lei penal por ficção. A dogmática contemporânea enxerga um verdadeiro conflito entre a obrigatoriedade de conhecimento da lei e o erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição do CP comum e, quase sempre, erro de direito no CPM), havendo predominância no sentido de afirmar uma relativização do princípio absoluto do conhecimento da lei, que sucumbirá quando o erro sobre a ilicitude for invencível, inevitável. Nesse sentido, conclui Cirino dos Santos que "a regra da inescusabilidade do desconhecimento da lei, como expressão da natureza geral e obrigatória da lei penal, não tem o poder de suspender o princípio da culpabilidade expresso na exceção do erro de proibição direto, na modalidade de desconhecimento inevitável sobre a existência da norma ou lei penal"**[766]**. No CPM, como verificado, a regra é observada, porquanto, embora o art. 35, que trata do erro de direito, permita a ignorância da lei como fonte do erro, não isenta de pena o agente, tornando essa realidade inescusável, mas no Código Penal comum a discussão ganha proporções na discussão do erro de proibição.

Há que assinalar, com o escopo de esclarecer, que alguns autores veem diferença entre a ignorância da lei e o erro sobre a ilicitude da conduta. O desconhecimento da lei, para essa corrente, traduz-se pela completa ignorância da norma penal, intolerável nos limites de um mesmo Estado (*ignorantia legis neminen excusat*). Embora não exclua a culpabilidade, a ignorância da lei configura circunstância atenuante. A distinção entre o desconhecimento da lei e o erro sobre a ilicitude repousa na consciência do injusto, na intuição do homem de inteligência mediana. Em outras palavras, simplesmente alegar a ignorância da existência de punição da conduta praticada não basta para a ocorrência de erro

de proibição; é preciso que as circunstâncias sejam tais que nem por intuição sobre a possibilidade de reprovação de sua conduta, fruto da experiência no convívio social, o agente pudesse entender seu proceder como reprovável. O desconhecimento da lei equipara-se a total ignorância da realidade normativa, enquanto o erro compara-se a uma falsa compreensão dessa realidade.

Outra questão intrigante está em averiguar o que deve ser conhecido pelo agente em matéria de ilicitude. Em outros termos, qual o objeto da consciência da antijuridicidade exigível para que se ultrapasse esse estágio de averiguação da culpabilidade?

A teoria dominante, capitaneada por Roxin, entende que conhecer apenas a danosidade social da conduta ou a imoralidade seria insuficiente, ao passo que conhecer a punibilidade da ação seria desnecessário. O objeto da consciência, portanto, seria a chamada *antijuridicidade concreta*, entendida como a ciência da "específica lesão do bem jurídico compreendida no tipo legal respectivo"**[767]**.

d) Exigibilidade de conduta diversa

A exigibilidade de comportamento diverso do efetivamente praticado pressupõe a normalidade de situação de ação, grafando o terceiro passo para a reprovação da conduta.

À luz da exigibilidade de comportamento conforme ao direito, podem ser apontadas como exculpantes legais a coação irresistível (na nossa concepção apenas a moral), a obediência hierárquica e o estado de necessidade, em face da teoria diferenciadora adotada no Código Penal Militar. Como causa supralegal, admite-se, pacificamente, a inexigibilidade de comportamento diverso.

Iniciemos pela coação irresistível e pela obediência hierárquica.

Consigna o art. 38 do CPM:

"Não é culpado quem comete o crime:

a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade;

b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços".

É preciso alertar, o que não fizemos na anterior edição, que a coação tratada na alínea *a* do art. 38 do CPM, para alguns, está unificada, referindo-se à coação física ou moral. Não sem certa razão, os adeptos dessa visão dispõem que no modelo adotado pelo Código Penal Castrense, não há espaço para um elemento subjetivo (dolo ou culpa) na conduta, visto que, pela teoria psicológico-normativa, estaria na culpabilidade.

Melhor esclarecendo, deve-se tomar por base o Código Penal comum para iniciar o raciocínio, centrando-se, para facilitar ainda mais a absorção, nos crimes materiais. Na compreensão daquele diploma, a coação física (*vis absoluta*) elimina ato de vontade do agente, pressuposto para o reconhecimento do dolo ou da culpa, que não estarão presentes. Como o dolo e a culpa na estrutura finalista impulsionadora do Código Penal comum estão alocados no fato típico, no bojo da conduta, alguém que provoca um resultado mediante coação física, não terá praticado conduta, portanto, nem fato típico, o que afasta a ocorrência de delito por aquela pessoa.

No caso, por outro bordo, da coação moral (*vis compulsiva*), a conduta existe, uma vez que o agente tem uma possibilidade, ainda que ínfima, de resistir à provocação do resultado, não o fazendo por uma grave afetação psicológica ligada ao temor de um mal que se expõe sob forma de coação. Nessa situação, no Código Penal comum, o agente estaria na prática de fato típico e antijurídico; contudo, em face da coação moral irresistível, não lhe seria exigível comportamento diverso, donde chegar-se-ia à conclusão pela sua não culpabilidade.

Em arremate, vejamos as precisas lições de Assis Toledo ao comentar o Direito Penal comum:

"...Costuma-se distinguir a coação física (*vis absoluta*) da coação moral (*vis compulsiva*). Na primeira, aquele que é coagido não realiza uma verdadeira ação ou omissão, apresentando-se como simples objeto ou instrumento de violência, pelo que só deve considerar autor do crime o agente da

coação, não o coagido, paciente dessa mesma coação. A coação física, denominada por Soler '*violência física*', exclui, se irresistível, o coagido de qualquer cogitação de autoria ou de coautoria, visto que *non agit sed agitur*. A responsabilidade pelo fato é, pois, exclusiva do agente coator, figura indispensável na definição de qualquer ocorrência reputada coativa. Na segunda – a coação moral – o coagido tem suas possibilidades de opção bastante restringidas pelo temor de sofrer algum mal, não obstante age ou se omite, impelido pelo medo, valendo-se de suas próprias forças. Se essa última forma de coação – a *vis compulsiva* – for igualmente irresistível, exclui-se a culpabilidade do coagido, por não lhe ser exigida, nas circunstâncias, conduta diversa da que realizou"**[768]**.

Bem verdade que o art. 22 do Código Penal, que trata da matéria, não se refere apenas a uma coação moral, usando o termo "coação" de forma genérica, mas a única interpretação viável, pelo que se expôs, é a de que o CP se refere à *vis compulsiva*, e não à *vis absoluta*. Nesse sentido também versa o saudoso autor acima citado, embora demonstre que a comissão revisora da Parte Geral do CP tenha buscado a unificação dos conceitos de coação física e moral:

"...Assim, o art. 22 do Código Penal ('se o fato é cometido sob coação irresistível... só é punível o autor da coação...') regula, induvidosamente, a coação moral, isto é, a *vis compulsiva*, sendo, porém, muito discutível sua extensão, aliás desnecessária, à coação física. Assim, apesar do precioso testemunho de Nélson Hungria no sentido de que a Comissão Revisora, contra seu voto, decidiu adotar a fórmula do primitivo art. 18, 'compreensiva da coação física e da coação moral', o absurdo a que isso conduz (discutir-se a inculpabilidade de quem sequer é autor ou coautor do crime) leva-nos a aceitar a solução apresentada, dentre outros, por Everardo da Cunha Luna, nestes termos: 'Verifica-se, na coação irresistível, que serve, com a obediência hierárquica, de objeto ao art. 18 do Código Penal, o concurso de dois agentes – um, coativo e culpado, e outro, coato e sem culpa. A coexistência de agente, na coação irresistível, leva-nos a ver, nesta, apenas a coação moral, a *vis compulsiva*, porque, na coação física, na *vis absoluta*, em lugar de dois, apenas *um* agente concorre – aquele que coage e que domina, como simples instrumento, o *outro* aparentemente agente. Assim, a coação física, que constitui problema atinente à causalidade, disciplina-se pelo art. 11, e a

coação moral, que diz respeito à culpabilidade, ocupa a primeira parte do art. 18 do Código de 1940'.

Essa solução, além de mais lógica, ajusta-se perfeitamente às normas legais em vigor, pouco importando, a nosso ver, qual tenha sido a intenção dos membros da Comissão Revisora, a qual, embora apresente valor histórico, não desempenha papel importante para uma interpretação teleológica dessas mesmas normas"**[769]**.

Além da precisão das disposições de Assis Toledo, frise-se a importância de sua liberdade interpretativa, fugindo à literalidade do art. 22 do CP, o que também iremos propor mais adiante em relação ao art. 38 do CPM.

Voltando ao Código Penal Militar, literalmente, até por fidelidade ao modelo adotado (neokantismo ou causalismo neoclássico), o elemento subjetivo não está alocado na discussão do fato típico, e sim à culpabilidade, de sorte que na visão exposta pela letra *a* do art. 38 do referido diploma, há uma unificação do conceito de coação. Essa visão unificada, ademais, é confirmada pela absurda previsão do art. 40 do CPM, que dispõe que "Nos crimes em que há violação do dever militar, o agente não pode invocar coação irresistível senão quando física ou material". Nitidamente, o art. 40 complementa a previsão do art. 38, restringindo sua abrangência nos crimes em que haja violação do dever militar.

Ocorre que em nossa compreensão, em primeiro aporte, podemos empregar, apesar de não fidelidade ao causalismo impulsionador do CPM, um conceito finalista de conduta, conforme já defendemos acima, o que permitiria compreender o art. 38 do CPM, no disposto em sua alínea *a*, de forma similar ao art. 22 do Código Penal comum. Por essa razão, entendemos que o dispositivo em comento do Código Penal Castrense, deve ser limitado ao estudo da coação moral, ficando a coação física afeta à tipicidade, propriamente na análise da conduta. Contudo, em segundo aporte, aproveitando as palavras de Everardo Luna trazidas por Assis Toledo, é possível encarar a coação física como um problema de causalidade, remetendo-o ao estudo do fato típico, adstrito, no caso do CPM, ao art. 29, que trata do assunto.

Em resumo, portanto, quem está coagido fisicamente, não age (ou se omite) no plano subjetivo, o que para nós, aplicando postulados finalistas como

vimos defendendo, afasta a própria conduta. Em adição, quem está sob coação física não causa um resultado, outra questão afeta à tipicidade, donde se impõe a análise do art. 38 do CPM apenas à coação moral.

Eleita essa premissa, deve-se compreender que a coação moral (*vis compulsiva*), desde que irresistível, interfere de tal forma no psiquismo da pessoa que lhe suprime a própria vontade, tornando inexigível comportamento diverso do adotado pelo agente do delito.

A irresistibilidade da coação deve ser aferida tanto objetiva como subjetivamente, ou seja, considerando o potencial lesivo da força ou da ameaça e sua repercussão interna sobre a vítima.

O § 1º do art. 38 possibilita ao autor da coação *responder pelo crime*, trazendo à baila a noção de autoria mediata.

Por derradeiro acerca da coação, devem ser lançados alguns comentários sobre o art. 40 do CPM, transcrito acima. Inicialmente, como já esboçado, há a unificação da *vis compulsiva* à *vis absoluta*, o que já rechaçamos. Mas a pior previsão do dispositivo diz respeito à negação do reconhecimento da coação moral nos crimes que importem em violação do dever militar.

Inicialmente, embora neguemos a restrição trazida, deve-se delimitar qual o universo de crimes a que o dispositivo se refere, ou seja, *crimes em que há violação do dever militar*. Em nossa compreensão, somente é possível, por se tratar de um dispositivo que nega a exculpação, portanto, mais gravoso, uma interpretação restritiva, como fizemos no erro de direito. Crimes que violam o dever militar são os capitulados sob esse signo, ou seja, crimes contra o dever militar, aqueles previstos no Título III do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar, compreendendo os crimes capitulados desde o art. 183 até o art. 204. Alguns buscam dar uma compreensão substancial à norma, de sorte que outros crimes que não estejam nesse intervalo possam sofrer a restrição do art. 40. Como exemplo, tome-se o crime de peculato, previsto no art. 303 do CPM, que, embora não esteja nesse intervalo de artigos, para alguns, deve ser entendido como um delito em que a coação moral é inescusável, visão da qual discordamos, por limitar a incidência de um tipo permissivo por uma

interpretação restritiva.

Aliás, opomo-nos ao próprio art. 40 do CPM, pois está frontalmente contra o princípio da culpabilidade.

Mas antes de enumerar os argumentos que afastam a aplicação do dispositivo, necessário frisar que há, sim, defensores dessa previsão.

No plano jurisprudencial, vários julgados do Superior Tribunal Militar caminham nesse sentido. Por todos, tome-se o *Habeas Corpus* n. 2006.01.050398-8/RS (j. 1º-3-2007), que teve por relator o Ministro Valdésio Guilherme de Figueiredo:

"*Ementa*: Apelação. Deserção (CPM, art. 187). Coação irresistível e estado de necessidade. Excludentes não caracterizadas. A alegada coação irresistível supostamente sofrida pelo Acusado não encontra respaldo na legislação penal militar (CPM, art. 40), restringindo a sua aplicação nos casos de crimes que atentem contra o dever militar apenas quando ela for física ou material, hipótese não configurada nos autos. Igualmente, não restou caracterizado o alegado estado de necessidade exculpante, por ausência de prova quanto à situação de perigo certo e atual, não criada pelo Réu. Improvido o apelo. Decisão unânime".

No plano doutrinário, a discussão, embora ainda incipiente, começa a encontrar lugar. Cláudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz, embora não critiquem o dispositivo, apresentam uma alternativa. Para esses autores:

"Os crimes contra o dever militar encontram-se elencados nos arts. 187 a 204, porém, se o militar não pode, nessas hipóteses, alegar a coação moral irresistível, nada impede que invoque o estado de necessidade previsto no art. 39. Assim, se um sujeito aponta uma arma na direção de um militar, obrigando-o a abandonar o seu posto, sob pena de ser assassinado, não poderá alegar em sua defesa ter agido sob coação moral irresistível, mas tem inteiro cabimento a aplicação do art. 39"**[770]**.

Também defendendo o dispositivo do art. 40 do CPM, encontramos Alexandre Andrade dos Santos, que asseverou:

"O disposto no artigo *supra* [art. 40] é deveras profundo, polêmico, muitas vezes, ao mundo civil e, para que possamos compreendê-lo, iremos discorrer acerca das razões que motivaram a existência de tal dispositivo, não nos esquecendo das noções do bem jurídico militar.

É oportuno situarmos os bens jurídicos militares neste momento: (...), os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar são, além dos já consagrados pelo Direito Penal comum, ou seja, vida, integridade física, patrimônio, fé pública etc., temos os intrínsecos às instituições, ou seja, o dever militar, a hierarquia, a disciplina, o regular funcionamento das instituições militares, a obediência, entre outros.

É exatamente neste diapasão que se encontra a razão do art. 40 do Código Penal Militar, ou seja, o legislador castrense estabeleceu que, ao militar, nem sequer a coação moral, mesmo que irresistível, poderá ser alegada pelo agente, quando o crime for praticado contra o dever militar"**[771]**.

Ainda que reconheçamos o acerto sistêmico das visões acima indicadas e, mais ainda, o brilhantismo na solução apresentada por Cláudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz, já que no estado de necessidade exculpante parte-se do pressuposto da inexigibilidade de conduta diversa, como dispõe o próprio art. 39 do CPM, preferimos uma visão constitucional, alinhada, mais uma vez, ao princípio da culpabilidade.

Como vimos ao tratar desse princípio, o vocábulo "culpabilidade", e portanto o princípio que encerra, apresenta-se em três acepções em Direito Penal: como fundamento de pena, como elemento de determinação ou de medição de pena e, finalmente, como conceito contrário à responsabilidade penal objetiva, desprovida de dolo ou culpa.

Neste ponto, interessa-nos a primeira acepção, ou seja, não pode haver responsabilização penal sem que haja culpabilidade do agente, pois se trata ela de fundamento de aplicação de uma pena. Como bem alinhavou Bitencourt, a culpabilidade como fundamento da pena "refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta

– que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal”**[772]**. Ora, nesse aspecto, um dispositivo penal que negue a inexigibilidade de conduta diversa como causa exculpante afronta o princípio da culpabilidade, que, assim já defendemos, possui natureza constitucional, donde se conclui pela inconstitucionalidade do art. 40 do CPM.

Bem verdade que a solução trazida por Cláudio Amin e Ione de Souza repara essa tosca realidade, atendendo, sim, ao princípio da culpabilidade – e disso decorre o brilhantismo da construção –, mas de uma forma transversa, mantendo a absurda previsão do art. 40, que para nós deve ser rechaçada de pronto.

Uma segunda causa excludente da culpabilidade, que torna inexigível conduta diversa, está na obediência hierárquica.

A obediência hierárquica se traduz pelo estrito acatamento a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, incidindo, portanto, na inexigibilidade de comportamento diverso, em virtude da relação de subordinação de direito público. Há uma atribuição de ordenar por parte do superior e uma de obedecer afeta ao subordinado, exigindo-se um vínculo de direito público entre aquele de quem partiu a ordem e o que a recebeu.

Obviamente, a obediência circunscreve-se aos limites das matérias referentes ao serviço e ao conteúdo da ordem emitida, devendo o excesso ficar sob responsabilidade do subordinado.

Compreende-se que a ordem emanada pode ser ilegal e, nessa constatação, a antijuridicidade da ordem pode ser visível ou não aos olhos do subordinado.

Caso não seja visível, será o autor exculpado e o emissor da ordem, responsabilizado. Todavia, sendo patente a ilegalidade da ordem, o inferior também responderá penalmente pelo fato. É o que se deduz da leitura do § 2º do art. 38 do CPM, *in verbis*: “Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior”.

Justifica-se a exclusão de culpabilidade nesses casos em razão do conflito que se apresenta ao subordinado: o não cumprimento estrito da ordem pode significar responsabilidade penal, especificamente pelo tipo grafado no art. 163 do CPM, que assim tipifica a conduta: “Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução”.

Ainda na temática da exclusão de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, deve-se compreender, como fruto de uma teoria diferenciadora, já abordada acima quando tratamos das excludentes de antijuridicidade, o estado ou necessidade exculpante.

O estado de necessidade exculpante está previsto no art. 39 do CPM, que assim dispõe: “Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa”.

De forma bem explícita, o *estado de necessidade exculpante* estará presente quando o direito sacrificado é maior ou igual ao direito protegido, levando à exclusão de culpabilidade. Mas existem outros requisitos que podem ser sistematizados nesse instituto. Da leitura do artigo, podemos enumerar, com base em Jorge César de Assis**[773]**, os seguintes requisitos:

— Perigo de lesão a um bem jurídico *próprio ou de parente ou pessoa cara ao agente*. Note-se que, comparando, o já estudado estado de necessidade justificante, diferente deste em estudo, admite o reconhecimento do instituto para preservar direito próprio ou alheio do agente, não exigindo que haja relação de parentesco ou afeição.

— O perigo deve ser atual e não pode ter sido voluntariamente provocado pelo agente do fato necessário. Aproveitamos aqui a mesma compreensão dada quando estudamos o estado de necessidade justificante, ou seja, a expressão “perigo atual” deve também comportar o perigo iminente, e a vedação à provocação anterior do perigo deve ficar restrita a uma provocação dolosa.

— Inexistência de outro modo de evitar o perigo, podendo também ser utilizadas as lições vistas no estado de necessidade justificante.

— Sacrifício de direito alheio (desde que de parente ou de pessoa cara ao agente) ou próprio, igual ou superior ao direito protegido. Aqui reside uma das principais diferenças entre estado de necessidade exculpante, ora estudado, e o justificante, que vimos quando da abordagem à antijuridicidade. No estado de necessidade justificante, o bem sacrificado deve ser menor que aquele protegido. Parece-nos evidente que esse balanceamento de bens deva ocorrer não só qualitativa como também quantitativamente.

— Inexigibilidade de conduta diversa. Como último requisito, expresso na lei, a exculpação pelo estado de necessidade mostra-se pela inexigibilidade de conduta diversa, requisito não presente, por razões óbvias, no estado de necessidade justificante, que afasta a ilicitude.

Cumpre lembrar, ademais, nessa abordagem comparativa, que no estado de necessidade como excludente da culpabilidade, aquele que tem o dever de arrostar o perigo pode invocá-lo, diversamente do que ocorre no estado de necessidade justificante, em que não pode ser alegado, como regra, por aquele que tem o dever de enfrentar o perigo.

Para esclarecer, a doutrina cita o náufrago que arrebata do outro a tábua de salvação (*tabula unius capax*), deixando-o morrer (direitos iguais), e o soldado que deserta para socorrer um parente enfermo e sem recursos (direito militarmente superior ao protegido)**[774]**.

Afora as causas de exclusão citadas, a inexigibilidade de conduta diversa é por si só causa de exclusão de culpabilidade, porém não expressa na lei penal militar, o que a torna causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Pode ser apresentada, exemplificativamente, como o fato de consciência, a desobediência civil etc. Assis Toledo, por exemplo, admite a causa supralegal desde que se considere a não exigibilidade em seus devidos termos, “não como um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas, ao contrário, como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa”, competindo ao juiz no processo e a mais ninguém**[775]**.

CAPÍTULO III

CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

1. DAS PENAS PRINCIPAIS

Conhecido o injusto penal militar culpável, devemos agora incursionar pelas consequências da prática de um delito castrense, o que iniciamos com o estudo das penas no Direito Penal Militar, não só no que concerne às suas espécies mas também em relação à sua aplicação.

Pena é a "sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição ao seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos"**[776]**. Esse conceito, ainda que calcado na preponderância das teorias retributivas, presta-se para indicar que a pena, em verdade, é um mal desencadeado por um mal precedente: o delito.

Já discorremos no Capítulo I sobre as teorias da pena, transplantando-as para o Direito Penal Militar. Resta-nos agora conhecer quais penas estão consagradas no Código Castrense.

O Código Penal Militar prevê *penas principais* e *acessórias*. As principais são doutrinariamente divididas em pena de privação da vida (pena de morte), penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão) e restritivas de direitos (impedimento, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função e reforma).

Todavia, é possível alterar essa classificação, considerando a pena de

impedimento como uma pena privativa de liberdade, isso tomando por base as disposições sobre a prescrição. Deve-se verificar que o art. 126 do CPM, ao discorrer sobre a prescrição da pretensão executória da pena, restringe sua aplicação às penas privativas de liberdade. Na sequência, o art. 127 do mesmo diploma, pretensamente tratando da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória das penas não privativas de liberdade, apenas enumera as penas de reforma, de suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função. Ora, se a pena de impedimento não está enumerada no art. 127 como uma das penas não privativas de liberdade, somente pode ser classificada, para fins de cálculo da prescrição, como pena privativa de liberdade a regular-se primeiro pelo tempo da pena possível ou fixada, não podendo essa classificação ficar restrita apenas à compreensão da prescrição.

Em arremate, a própria Exposição de Motivos do Código Penal Militar define, no n. 8, que no "capítulo das penas principais, o Projeto introduziu nova modalidade de pena *privativa de liberdade*: o impedimento, para o crime de insubmissão, sujeitando o condenado a permanecer no recinto da unidade, sem prejuízo da instrução militar". (g. n.)

Dessa forma, com base na compreensão acima, propomos uma nova classificação das penas principais, entendendo como pena de privação da vida a pena de morte, como penas privativas de liberdade a reclusão, a detenção, a prisão e o impedimento, e como restritivas de direitos apenas a suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, e a reforma.

Vejamos, então, as penas principais.

1.1. Pena de morte

Caracteriza-se a pena de morte, obviamente, pela pena capital, na qual a vida do infrator é ceifada em decorrência de sentença condenatória passada em julgado.

Foi abolida no Brasil pelo Código Penal de 1890 e na Constituição de 1891, permanecendo, contudo, a ressalva de que poderia ser efetivada em caso

de guerra. Tal permissão para a implantação da pena de morte conhece detalhes que passam corriqueiramente despercebidos.

Costuma-se postular, com base na letra *a* do inciso XLVII do art. 5 º da CF, que a pena de morte no Brasil é admitida somente em caso de guerra, singelo resumo que não condensa as peculiaridades do tema. Há que se questionar, em primeiro aporte, se essa permissão constitucional restringe-se aos crimes militares e se qualquer guerra autorizaria a pena de morte.

Para responder a essas indagações, deve-se iniciar com a leitura do permissivo constitucional, que dispõe que não haverá no Brasil pena "de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX".

Há de se notar que o dispositivo constitucional não restringiu a possibilidade de pena de morte apenas aos crimes militares, sendo hipoteticamente, em primeira análise que rechaçaremos adiante, possível a implantação de pena de morte para crimes comuns, desde que haja a declaração de guerra de que trata o inciso XIX do art. 84 da Lei Maior.

A previsão do nosso ordenamento constitucional, a título de comparação, diverge, por exemplo, da realidade espanhola, visto que a Constituição deste país restringe a possibilidade de pena de morte apenas aos crimes militares em tempo de guerra. A primeira Seção do Segundo Capítulo da Constituição espanhola de 1978, que trata dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, é inaugurada pelo art. 15, que dispõe: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra". Como se percebe, a hipótese constitucional restringe-se à legislação penal militar em tempo de guerra.

Entretanto, embora nossa Constituição não admita a pena de morte, em tese, para crime comum, exigindo apenas o estado de guerra declarada nos termos do art. 84 da própria Constituição, fácil constatar que a legislação infraconstitucional atualmente em vigor não consagrou a pena de morte senão no Código Penal Militar, donde se conclui que o Brasil, não pela Constituição mas por norma infraconstitucional, aboliu toda e qualquer hipótese de pena de morte

que não seja referente a um crime militar em tempo de guerra.

Essa realidade normativa nos remete a outro diploma, desta vez de mote internacional. Trata-se da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, que foi promulgada entre nós pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Ao tratar dos direitos civis e políticos, especificamente sobre o direito à vida, o Pacto dispõe:

“Art. 4º Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”.

Claramente se verifica que, no momento que passou a viger o Pacto (para nós, em 1992), o país que houvesse abolido a pena de morte, total (para todos os delitos) ou parcialmente (permitida para alguns delitos apenas), não poderia e não pode retomá-la. Ora, se o Brasil, por seu Direito interno (infraconstitucional), aboliu a pena de morte para crimes não militares, atendendo ao escopo do Pacto, não poderá retomá-la.

Sobre o assunto, vale trazer à baila as lições de Valério Mazzuoli e de Luiz Flávio Gomes:

“Nos países que aboliram a pena de morte, ela não pode ser restabelecida (art. 4º, 3). A Constituição brasileira atual (de 1988), inclusive por força do princípio da proibição de regresso (ou da vedação do retrocesso), nem remotamente, salvo o caso de guerra declarada, permite a pena de morte ou qualquer pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, *a* e *b*). Lei ordinária nesse

sentido não só violaria o art. 4º, 3, da Convenção Americana, como também a própria Constituição. Aliás, a via da Emenda Constitucional estaria vedada pela cláusula pétrea contida no art. 60, § 4º, IV, da CF. Nem sequer plebiscito poderia ser convocado para questionar tal matéria. Primeiro porque o plebiscito é mais apropriado para discutir forma de governo ou de Estado etc.; em segundo lugar porque não se pode discutir em plebiscito o que está vedado às emendas constitucionais.

À proibição existente de as normas internas regredirem (ou retrocederem) em matéria de direitos humanos tem-se denominado 'efeito *cliquet* dos direitos humanos'. O chamado *cliquet* é um instrumento de alpinista que somente permite que aquele que pratica uma escalada *suba* e *não desça*, ou seja, vá cada vez mais para cima sem voltar para trás, tal como deve ocorrer com as normas internas relativamente à proteção dos direitos humanos: sempre proteger mais, sem retroceder (regredir) nessa proteção"**[777]**.

Vencida a primeira questão, urge averiguar se qualquer guerra autorizaria a pena de morte como resposta a um crime militar.

A compreensão do termo "guerra" deve ser tomada como a "*luta armada* ferida entre dois ou mais Estados para solução de conflito havido entre eles, que não se tenha podido resolver por outro meio"**[778]**. Exclui-se, portanto, o conflito entre Unidades da Federação, que se caracterizaria como um conflito interno, definido como guerra civil.

Conforme se infere do dispositivo constitucional permissivo da pena de morte, somente será ela possível em caso de guerra declarada, ato privativo do Presidente da República, nos termos do inciso XIX do art. 84 da CF. Com muita perspicácia, aponta Jorge Romeiro que o motivo da declaração de guerra deve ser unicamente, para a vigência dos dispositivos penais afetos à pena capital, por agressão estrangeira, descartando-se outros motivos para a declaração**[779]**. A visão do saudoso autor, correta em nosso sentir, está atrelada a uma interpretação restritiva, baseada no inciso XIX do art. 84 da CF, que dispõe competir privativamente ao Presidente da República "declarar guerra, *no caso de agressão estrangeira*, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando

ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional". (g. n.)

Cremos que a disposição trazida pela Constituição Federal não foi acidental, porquanto a República Federativa do Brasil não promove a guerra senão para garantir sua defesa. Essa conclusão parece evidente quando analisamos os princípios desta República na ordem internacional, grafados no art. 4º da Constituição de 1988, onde verificamos que, perante a comunidade internacional, o Brasil se declara independente ao mesmo passo que se compromete a respeitar a independência dos outros Estados nacionais (inciso I), neles não intervindo (inciso IV) e os considerando iguais entre si (inciso V), a observar a prevalência dos direitos humanos (inciso II), a respeitar a autodeterminação dos povos (inciso III), a defender a paz (inciso VI) tendo por estratégia principal de resolução de contendas a busca de uma solução pacífica dos conflitos (inciso VII). Essa realidade permite-nos concluir que o Brasil não promove a guerra de conquista ou de intervenção, mas apenas aquela de defesa, em que se encontra na situação de Nação agredida, e não agressora, dando lógica à previsão de pena de morte somente nesse tipo de guerra.

Por outro bordo, o termo "agressão" deve ser entendido em sentido mais amplo, não comportando apenas a agressão física, mas também a agressão moral, econômica etc., justificando a declaração de guerra.

Sustenta-se que, cessado o tempo de guerra, ainda que um crime tenha sido praticado e apenado com a morte no período de exceção, e muito mais quando a sentença for proferida em tempo de paz, deve-se evitar a execução da medida capital, sendo comutada ou mesmo afastada na sentença[780]. Contudo, por se tratar de lei penal excepcional, em teoria, é dotada de ultratividade, sendo possível, embora recomendável que se evite, a execução da pena de morte em período de paz, desde que o crime tenha sido praticado em tempo de guerra declarada por agressão estrangeira ao Brasil.

Somente pode ser executada por *fuzilamento* (art. 56 do CPM). Logo após transitada em julgado, a sentença definitiva de condenação deve ser comunicada ao Presidente da República, uma vez que este pode, nos termos do inciso XII do art. 84 da CF, indultar o condenado ou comutar a pena por outra

menos grave. Só passados sete dias da comunicação, pode ela ser executada (art. 57 do CPM).

Todavia, o CPM, no parágrafo único do art. 57, permite a execução imediata da pena de morte, desde que imposta em zona de operações de guerra e quando sua imediatidade seja exigida para preservar a ordem e a disciplina militares.

Ainda a propósito da execução da pena de morte, em complemento ao CPM, o Código de Processo Penal Militar, ao tratar das disposições especiais relativas à Justiça Militar em tempo de guerra (arts. 707 e s.), consigna que o militar que tiver de ser fuzilado sairá da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo se o recusar, no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo, nesse caso, serão substituídas por sinais. No caso do civil, a execução se procederá nos mesmos moldes, devendo deixar a prisão decentemente vestido. Permite-se, pela lei processual penal militar, o socorro espiritual do condenado, de acordo com sua crença. Por fim, dispõe o CPPM que da execução da pena de morte lavrar-se-á ata circunstanciada que, assinada pelo executor e duas testemunhas, será remetida ao comandante-chefe, para ser publicada em boletim.

À guisa de exemplo, na história recente da República Brasileira, como lembra Jorge César de Assis, citando Silvio Martins Teixeira [781], houve um caso de condenação à pena de morte por crime militar, no caso de dois soldados que durante a Segunda Guerra Mundial, nos campos da Itália, violentaram uma jovem, matando, ademais, seu avô para que não pudesse defender a neta. Apesar de condenados à pena capital pela 2ª Auditoria junto à 1ª DIE, da Força Expedicionária Brasileira (FEB), na Itália, com confirmação do Conselho Supremo de Justiça Militar, houve a comutação da condenação pelo Presidente da República para trinta anos de reclusão. Embora o fato se tenha passado à luz da legislação penal militar anterior, o exemplo, didaticamente, é muito importante para que se verifique os trâmites da execução, com possibilidade de comutação pelo Presidente da República.

1.2. Reclusão e detenção

Ao iniciar a discussão das penas privativas de liberdade, deve-se ter em foco que há várias controvérsias no que concerne à possibilidade de aplicação da Lei de Execução Penal – LEP (Lei n. 7.210, de 11-7-1984) na execução penal militar, obviamente, naquilo que for cabível, ou seja, na detenção e na reclusão, que não estão disciplinadas no Código Penal Militar, diversamente do que ocorre com o Código Penal comum, que trouxe claras diferenças entre essas duas espécies, nos arts. 33 e seguintes.

Como ponto de partida, deve-se ter em foco o art. 6º do Código de Processo Penal Militar, que assim dispõe:

"Obedecerão às normas processuais previstas neste Código, no que forem aplicáveis, salvo quanto à organização de Justiça, aos recursos e à *execução de sentença*, os processos da Justiça Militar Estadual, nos crimes previstos na Lei Penal Militar a que responderem os oficiais e praças das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares". (g. n.)

Como se percebe, criou-se pela lei processual penal castrense uma divisão entre execução penal militar no âmbito da Justiça Militar da União e execução penal militar no âmbito das Justiças Militares Estaduais.

Para a execução penal militar no âmbito estadual, pela exceção trazida pelo CPPM, será possível o estabelecimento de regras próprias, não versadas na lei processual penal militar, podendo, inclusive, ser aplicada a Lei de Execução Penal, na ausência de norma legal mais específica.

Trabalhemos com o exemplo de São Paulo. Em face da exceção trazida pela lei processual penal militar e considerando a omissão do CPM em tratar e diferenciar a detenção da reclusão, poderia ser aplicada a distinção trazida pelo Código Penal comum, bem como as regras de cumprimento trazidas pela LEP. Todavia, entendendo fazer mais clara essa possibilidade, o Juiz Distribuidor de 1ª Instância e dos Serviços de Correição Permanente e das Execuções Criminais da Justiça Militar do Estado de São Paulo optou por disciplinar a matéria por portaria (Portaria n. 003/04-CECRIM), criando o Regimento Interno de Execução Penal do Presídio Militar Romão Gomes, que

basicamente adota a distinção dos três regimes, trazendo apenas algumas minúcias como os três estágios para o regime fechado, inclusive com a previsão de regime disciplinar diferenciado (art. 41 da referida Portaria).

Essa realidade, obviamente, poderá ser replicada em outras Unidades da Federação que possuam presídios militares. Nas Unidades em que não existe presídio diferenciado, por força do disposto no art. 61 do Código Penal Militar**[782]**, e em consonância com a própria exceção trazida pelo art. 6º do CPPM, a pena será cumprida em estabelecimento penal comum, à luz da LEP.

No âmbito da Justiça Militar da União, em primeiro plano, aplica-se também a regra do art. 61 do CPM, valendo dizer que, havendo presídio militar – a exemplo atualmente do Presídio Militar da Marinha, localizado na Ilha das Cobras, no Rio de Janeiro –, será nele o cumprimento da pena privativa de liberdade por militar, pretensamente com regras estipuladas pelo Código de Processo Penal Militar, já que não se verifica a exceção do art. 6º do CPPM. Caso não haja presídio militar, a pena será cumprida em estabelecimento penal comum, sujeitando-se o condenado às regras da LEP. Também cumprirá a pena em estabelecimento penal comum, com as regras da LEP, o civil condenado por crime militar, e nesse caso a regra é imposta ainda que haja presídio militar, nos termos do art. 62 do CPM.

No primeiro caso, ou seja, pena cumprida em presídio militar com aplicação das regras do CPPM, deve-se verificar o disposto nos arts. 594 e seguintes do referido diploma. Ocorre que nesses artigos, a exemplo do que se verifica no Código Penal Militar, não há regra clara de distinção entre a detenção e a reclusão, tampouco a previsão de progressão de regimes. Essa realidade normativa nos leva a indagar sobre a possibilidade também de aplicação do Direito Penal comum, com certas regras afetas à execução, para a distinção entre a detenção e a reclusão aplicadas ao crime militar.

Ao responder a essa indagação, Jorge César de Assis, com muita precisão, menciona posição jurisprudencial, na seguinte conformidade:

"A jurisprudência vem se manifestando da seguinte forma: os sentenciados recolhidos a estabelecimento penal sujeito à administração estadual, ainda que condenados pela Justiça Militar, terão suas penas executadas pelo Juízo

da execução comum do Estado. Nesse sentido: CC 1.011-BA – STJ – J. em 17.05.1990; CC 4.322-0-RJ – DJU 28.06.1993, p. 12.842. Porém, se cumpre pena em estabelecimento militar, sujeita-se ao regime de cumprimento da legislação especial e não à que trata a Lei de Execuções Penais. Nesse sentido, HC 2.254-5-RS, DJU 26.10.1992, p. 19.064"**[783]**.

Malgrado essa visão, parece-nos inequívoca a necessidade de se socorrer ao Direito Penal comum e à sua execução da pena. Em primeiro plano, a ausência de regra distintiva no cumprimento das duas penas – e por consequência de distinção entre as duas penas em essência – leva à possibilidade de aplicação da lei processual penal comum, em que incluímos a execução penal (LEP), por força do que dispõe a alínea *a* do art. 3º do CPPM. Em segundo aporte, parece-nos evidente que, por exemplo, a progressão de regime, sendo ela a essência da distinção entre detenção e reclusão, como veremos, está inerente ao estudo das penas principais, ou seja, não é possível, pela lacuna do CPM e do CPPM, conceituar detenção e reclusão, diferenciando-as, sem que se reporte à diferença nos regimes de cumprimento.

Em resumo, para estudar a detenção e a reclusão, tanto para o Direito Penal Militar afeto às Justiças Militares estaduais como ao afeto à Justiça Militar da União, deve-se recorrer ao Direito Penal comum.

Tentemos, então, com base nessa premissa, diferenciar a detenção da reclusão.

Modernamente, busca-se uma unificação das penas privativas de liberdade, porém a lei penal comum ainda consagra a diferenciação, mesmo que em termos práticos se confundam. A diferença entre as duas está na maior rigidez da execução penal no caso da reclusão em relação à detenção, sendo necessário entender os regimes de cumprimento da pena.

Existem três regimes de cumprimento de penas privativas de liberdade, o regime fechado, o semiaberto e o aberto, conforme previsão do art. 33, § 1º, do CP.

Regime fechado é aquele em que a execução da pena ocorre em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, *a*, do CP), como

as penitenciárias.

Segundo o art. 34 do Código Penal, o condenado a regime fechado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

Outra regra que deve ser observada no regime fechado é a que sujeita o condenado a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. O trabalho será em comum, dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

Há no regime fechado a possibilidade de trabalho externo, mas somente em serviços ou obras públicas[784].

Regime semiaberto é aquele em que a execução da pena ocorre em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, *b*, do CP).

O condenado a regime semiaberto, por força do art. 35 do CP, também será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

Nesse regime, o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Regime aberto, por fim, é aquele em que a execução da pena ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, § 1º, *c*, do CP).

O regime aberto baseia-se na **autodisciplina** e **senso de responsabilidade** do condenado. Por esses princípios, o condenado deverá, fora do estabelecimento e **sem vigilância**, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

Será o condenado transferido do regime aberto se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não

pagar a multa cumulativamente aplicada.

Nos termos do art. 114 da LEP, somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:

a) estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;

b) apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime; poderão ser dispensados do trabalho o condenado maior de 70 anos, o condenado acometido de doença grave, a condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental e a condenada gestante.

O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto ao condenado, sem prejuízo das seguintes condições gerais e **obrigatórias**:

a) permanecer no local que lhe for designado, durante o repouso e nos dias de folga;

b) sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;

c) não se ausentar da cidade onde reside sem autorização judicial;

d) comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando lhe for determinado.

O Juiz, ademais, poderá modificar as condições estabelecidas, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, desde que as circunstâncias assim o recomendem.

Na Lei de Execução Penal há a previsão de o condenado, **em regime aberto**, recolher-se, à noite e nos dias de folga, à sua própria residência em vez da casa do albergado. Isso poderá ocorrer, nos termos do art. 117 da LEP, quando: o condenado possuir mais de 70 anos de idade, a condenada for gestante, a condenada ou condenado possuir filho menor ou deficiente físico ou mental ou o condenado ou condenada for acometido de doença grave.

Apesar de haver hipóteses expressas para a prisão albergue domiciliar no regime aberto, deve-se lembrar que pela falta de casa do albergado, a jurisprudência tem admitido a prisão albergue domiciliar em outros casos, que não os previstos na LEP. Por todos, *vide* o seguinte julgado:

"Pena. Réu condenado ao regime aberto. Inexistência de casa do albergado na Comarca. Deferimento, excepcional, da casa prisão domiciliar. Se o Estado, durante anos a fio, permanece inerte e não constrói a chamada 'Casa do Albergado', para o cumprimento da prisão no regime aberto, não é justo que o condenado nessa condição seja trancafiado numa prisão comum, em contato com delinquentes de toda a sorte. **Impõe-se, assim, excepcionalmente, conceder-lhe a prisão domiciliar, enquanto inexistente o local apropriado"** (STJ, Rec. Esp. 129.869/DF, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 10-2-1998, *DJ*, 4 maio 1998; *Boletim Informativo* da Juruá Editora, v. 193, de 11-20-8-1998, n. 15336).

Na execução penal militar no Estado de São Paulo, essa possibilidade foi ainda normatizada pela Portaria n. 003/04-CECRIM, que, partindo do pressuposto da inexistência de casa do albergado, dispõe em seu art. 8º que o "regime aberto se caracteriza pelo cumprimento da pena em prisão albergue domiciliar (PAD)". Nitidamente, no Estado de São Paulo, o regime aberto da execução penal militar tem por conceito, e não por construção jurisprudencial, a concessão de prisão albergue domiciliar, com a imposição de outras condições.

Por inovação legislativa de 2003 (Lei n. 10.792, de 1º-12-2003), a Lei de Execução Penal (art. 52) passou a comportar o regime disciplinar diferenciado (RDD), que não se configura em um quarto regime, mas apenas em uma forma de exacerbar a execução da pena ou a prisão provisória.

Durante a execução definitiva da pena no interior do estabelecimento prisional, a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado.

O RDD possui as seguintes características:

a) duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de

repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

b) recolhimento em cela individual;

c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

d) o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

Mas não é só no caso de falta disciplinar da execução que pode o RDD ser aplicado. Ele também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Por fim, pode também sujeitar-se ao RDD o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Mais uma vez tomando a execução penal militar do Estado de São Paulo, a Portaria n. 003/04-CECRIM traz em seu art. 42 o regime disciplinar diferenciado, com similar previsão ao da LEP.

Para encerrar o estudo dos regimes de cumprimento das penas de detenção e de reclusão, deve-se verificar como se dá a progressão de um regime para o outro. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, firmando-se, pois, a progressão de regime.

Dessa forma, há critérios para a fixação do regime inicial, podendo o condenado evoluir de regime durante a execução.

Segundo as regras da LEP (art. 112), também inovadas pela Lei n. 10.792/2003, a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para **regime menos rigoroso**, a ser **determinada pelo juiz**, quando o preso tiver:

a) cumprido ao menos **um sexto da pena** no regime anterior;

b) ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

c) não haver vedação para a progressão (ex.: a não reparação do dano, salvo impossibilidade, nos crimes contra a Administração Pública, conforme previsão do § 4º do art. 33 do CP).

A decisão da progressão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

Havia polêmica no que concerne aos **crimes hediondos e equiparados** (exceto a tortura), já que a Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) vedava a progressão de regime, devendo a pena ser cumprida integralmente em regime fechado. Todavia, a Lei n. 11.464/2007 alterou a redação do § 2º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, dispondo que a progressão de regime de tais crimes e equiparados dar-se-á após o cumprimento de dois quintos da pena, se o apenado for primário, e de três quintos, se reincidente. Como sabemos, no entanto, polêmica é a aplicação da Lei dos Crimes Hediondos aos crimes militares, porquanto, ao definir o universo desses crimes, o legislador olvidou dos crimes militares, mencionando apenas tipos penais da legislação penal comum. Por esse motivo, entendemos que a progressão em crime militar, ainda que o crime comum correlato seja hediondo, deve seguir a progressão de regime após cumprimento de um sexto da pena. É o que ocorre, por exemplo, em São Paulo, pois, ao que se infere do art. 164 da Portaria n. 003/04-CECRIM, a progressão de regime segue, para todos os crimes militares, o cumprimento de um sexto da pena.

Ainda a propósito da progressão de regime na pena privativa de liberdade, mesmo no que concerne à Justiça Militar da União, tem-se admitido a transição progressiva de regimes. Recentemente, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concluiu, na sessão de 29 de março de 2011, o julgamento do *Habeas Corpus* n. 104.174/RJ, impetrado em favor de um Capitão do Exército Brasileiro, condenado à pena de nove anos de reclusão por homicídio simples (art. 205 do CPM), que estava sendo cumprida em regime integralmente fechado em uma Unidade do Exército Brasileiro (72º Batalhão de Infantaria Motorizado de Petrolina – PE).

No julgado supracitado, o relator, Ministro Ayres Britto, cujo voto foi acompanhado unanimemente pela Turma, com muita propriedade, arrimado no inciso XLVI do art. 5º da CF, apontou que não há no plano constitucional discrímen sobre a individualização da pena em relação ao militar, como ocorre em alguns outros dispositivos constitucionais (inciso LXI do art. 5º e § 2º do art. 142). Como a individualização da pena se projeta também na possibilidade individual de se decidir pela progressão de regime de cumprimento de pena, consagrando-se em um direito subjetivo-constitucional do condenado, a progressão há que ser reconhecida também aos militares em cumprimento de pena.

Nas palavras do Eminente Relator:

"Com efeito, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal; notadamente porque o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte. Por isso é que todo instituto de direito penal – crime, pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, por exemplo – há de ostentar o timbre da estrita personalização, quando de sua concreta aplicabilidade. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na empírica aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim *orteguianamente* aplicada (na linha do '*Eu sou eu e minhas circunstâncias'*, como insuperavelmente sentenciou Ortega y Gasset). (...)".

Mais adiante, conclui:

"Nessa contextura, entendo contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense".

Assim, em arremate, o cumprimento da pena no Direito Penal Militar deve também comportar a progressão de regime.

O condenado, obviamente, poderá ter a regressão de regime de cumprimento de pena, nas hipóteses previstas na LEP. Essa hipótese está afeta apenas ao juiz da execução (art. 66 da LEP), e pode ocorrer, nos termos do art. 118 da LEP, quando o condenado praticar falta grave na execução penal, definida no art. 50 da LEP, ou quando for condenado por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

Vistos os regimes de cumprimentos das penas privativas de liberdade, resta-nos, agora, estudar as características da reclusão e da detenção, o que importará na sua distinção.

A principal característica da pena de **reclusão** é que pode ela ser iniciada nos três regimes distintos: fechado, semiaberto e aberto.

O regime **fechado** será o regime inicial para a pena de reclusão quando:

a) a pena aplicada **exceda a oito anos** em todos os casos, mesmo o réu sendo primário;

b) na pena **superior a quatro anos** e **inferior ou igual a oito**, apenas quando o condenado for **reincidente**;

c) quando as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal forem desfavoráveis ao condenado; urge esclarecer que essas condições, no Código Penal Militar, são mencionadas no art. 69.

O regime ***semiaberto*** será o inicial para a pena de reclusão quando superior a quatro anos e não excedente a oito anos, unicamente quando o réu for **primário**.

O regime **aberto** será o regime inicial do condenado a pena de reclusão igual ou inferior a quatro anos.

Como principal característica da pena de **detenção** temos a impossibilidade de seu início em regime fechado, ou seja, o regime inicial será, no máximo, o semiaberto. Há a possibilidade, no entanto, de cumprimento em regime fechado em razão de regressão de regime decretado pelo Juiz da Execução, por exemplo, como já dissemos, pelo cometimento de infração

disciplinar grave (art. 118, I, da LEP).

A detenção terá por regime inicial o semiaberto quando a pena aplicada exceder a quatro anos, desde que **primário** o condenado. O regime inicial será o aberto quando a pena aplicada for igual ou inferior a quatro anos.

Também há no Direito Penal Militar o instituto da detração, previsto no art. 67: "Computam-se na pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio, bem como o excesso de tempo, reconhecido em decisão judicial irrecorrível, no cumprimento da pena, por outro crime, desde que a decisão seja posterior ao crime de que se trata".

Existem, no entanto, algumas regras específicas no Direito Penal Militar para as penas de detenção e de reclusão.

Em primeiro aporte, podemos trazer os mínimos e máximos genéricos. O art. 58 do CPM distingue essas duas espécies pela estipulação de pena mínima e máxima, sendo obviamente a reclusão aquela cujos limites são maiores. Dispõe o artigo: "O mínimo da pena de reclusão é de um ano, e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias, e o máximo de dez anos". Esse artigo é aplicado nos casos dos crimes em que o preceito secundário não possua exatidão na definição da pena, não prevendo, por exemplo, a pena mínima, como o furto simples (art. 240 do CPM), cuja pena cominada é de reclusão até seis anos, concluindo-se, por aplicação do artigo em foco, que a pena mínima é de um ano de reclusão.

Outra diferença apontada no Código Penal Militar está na possibilidade de uma pretensa pena indeterminada. O art. 78 do Código Penal Militar dispõe que "em se tratando de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente à nova infração penal, que constituirá a duração mínima da pena privativa da liberdade, não podendo ser, em caso algum, inferior a três anos". Nos termos do § 1º desse artigo, a "duração da pena indeterminada não poderá exceder a dez anos, após o cumprimento da pena imposta".

A pena indeterminada, em princípio, lesa a vedação constitucional

disposta na letra *b* do inciso XLVII do art. 5º da Lei Maior, que rechaça a pena de caráter perpétuo, no que se assemelha a pena indeterminada. Bem verdade que o parágrafo único desse artigo limita a pena a dez anos, mas, ainda assim, há lesão também ao princípio da culpabilidade, que, em uma de suas acepções, como vimos postulando desde o início desta obra, indica a necessidade de uma pena determinada, que represente o exato grau de reprovação de acordo com a conduta do autor do fato criminoso.

Por fim, vale apontar o art. 81 do CPM, que diferencia o limite do tempo de cumprimento de penas unificadas: a pena de reclusão não pode ultrapassar trinta anos; a de detenção não pode exceder quinze anos.

Jorge César de Assis, ao comentar este artigo, sustenta que ele se aplica na fase de execução penal, não no momento da condenação, por exemplo, no concurso de crimes ou no crime continuado. Para o dileto autor:

"Há um pressuposto lógico de diversidade de processos, antes do início ou durante o cumprimento da pena, cabendo ao juiz encarregado da execução a unificação das penas (CPPM, art. 588). Exemplos:

a) O militar comete dois crimes de homicídio qualificado, sendo condenado respectivamente, a pena de 18 e 23 anos de reclusão, antes do início da execução. Assim, o total das penas importará em 41 anos de reclusão, que serão unificadas, para serem cumpridas em 30 anos.

b) Suponha agora que o militar tivesse cometido dois crimes de homicídio simples, excluído o concurso e a continuidade delitiva, sendo condenado respectivamente a 07 e 10 anos de reclusão. A pena unificada será de 17 anos.

c) O militar comete dois crimes de embriaguez em serviço, sendo condenado em cada caso, a dois anos de detenção. Ainda antes do início do cumprimento da pena, comete incêndio culposo, sendo condenado a mais dois anos de detenção. A pena unificada será de 06 anos de detenção.

d) Se o militar já estiver cumprindo pena de trinta anos de reclusão, vem a cometer novo delito, sendo outra vez condenado, o restante da pena anterior deve ser acrescido à nova pena, de forma a não ultrapassar os trinta

anos. Se, dos trinta anos já houvesse cumprido vinte e, se condenado novamente a vinte anos, teria que cumprir a segunda pena de forma integral: 30-20=10+20=30. Idêntico raciocínio se faz em relação às penas de detenção.

Há que se considerar, entretanto, que o Código de Processo Penal Militar trata a matéria de forma mais severa que a legislação comum, visto que enquanto o Código Penal comum estabelece em seu art. 75, *caput*, que o 'tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos (incluindo na unificação tanto a reclusão como a detenção), o código castrense trata, no art. 81, as espécies de reclusão e detenção de forma distinta, estabelecendo limites de 30 e 15 anos na execução, o que permite um total de 45 anos para o cumprimento de penas privativas de liberdade, visto que de acordo com o art. 599 do Código de Processo Penal Militar, se impostas penas privativas de liberdade, será executada primeiro a de reclusão e depois a de detenção"**[785]**.

Embora coerente a visão do autor, não há evidência de que o art. 81 não se aplique no momento da condenação à pena privativa de liberdade, restringindo-se à fase de execução da pena, mas ao contrário, o § 1º desse artigo refere-se expressamente, por exemplo, ao crime continuado. Melhor entender que os limites do art. 81 do CPM são aplicáveis, sim, no momento da condenação, mas não em todas as situações, somente na regra do concurso de crimes (formal, material ou crime continuado), na obtenção da pena unificada. Dedicar-nos-emos mais ao art. 81 do CPM quando da discussão do concurso de crimes, para onde remetemos o leitor.

Há ainda outros pontos a serem discutidos em relação às penas de detenção e de reclusão, porém mais afeitos à aplicação da pena, sobre o que discorreremos abaixo.

1.3. Prisão

Outra pena privativa de liberdade constante como pena principal no Código Penal Militar é a pena de prisão, que consiste na conversão das penas de

reclusão ou detenção, inferiores a dois anos, desde que não seja possível a concessão de suspensão condicional da pena (art. 59 do CPM).

É mais benéfica ao condenado, por ser cumprida em recinto de estabelecimento militar (quartel), se oficial, ou, se praça, em estabelecimento penal militar, desde que separado dos presos disciplinares e daqueles com condenação superior a dois anos. Não há, dessa forma, nenhum crime na Parte Especial do CPM que possua como pena cominada a prisão, sendo esta resultado da substituição da detenção ou da reclusão, podendo durar, obviamente, o tempo da pena originalmente convertida, até o limite de dois anos.

No parágrafo único do art. 59, há a previsão de que para efeito de separação, no cumprimento da pena de prisão, deve-se atender à condição das praças especiais e à das graduadas, ou não, bem como, dentre as graduadas, à das que tenham graduação especial.

Não há muito detalhamento acerca do regime imposto para a pena de prisão no Código Penal Militar nem no Código de Processo Penal Militar, concluindo-se que a prisão, mesmo quando cumprida em estabelecimento militar (quartel), implica a privação de liberdade. Obviamente que alguns benefícios dos regimes de cumprimento da detenção e da reclusão devem ser conferidos aos militares condenados, mas há ainda certa possibilidade de condicionamento pelo juiz responsável pela execução penal.

Como exemplo dessas possibilidades, *vide* a discussão travada no Mandado de Segurança n. 431-9/RJ, enfrentado pelo Superior Tribunal Militar, com julgamento em 1º de setembro de 1998, sob relatoria do Ministro Aldo Fagundes. Nesse caso, um cabo do Exército Brasileiro que cumpria pena de prisão, foi licenciado pelo Juiz Auditor da 1ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, para participar de treinamento de tiro para competição, isso sob escolta e responsabilidade de Autoridade Militar. O Ministério Público, em face de lacuna normativa que autorizasse esse licenciamento especial, impetrou mandado de segurança, que não foi conhecido pelo STM. Embora não enfrentada a questão, em determinado ponto do Acórdão (fl. 10), o relator expõe que “não se discute o poder discricionário do juiz”, dando a entender que as condições de cumprimento da pena de prisão comportam variações a serem

estabelecidas pelo juízo responsável pela execução penal. Ao final, lavrou-se a seguinte ementa:

"MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração do MPM. Não cabimento do *mandamus* para a constrição da liberdade. Militar cumprindo pena de prisão, com sentença condenatória transitada em julgado, que foi licenciado pelo Dr. Juiz-Auditor para participar de treinamento, em dias determinados, para posterior competição desportiva. Escolta sob a responsabilidade da autoridade militar que pediu a licença especial. A objeção do MPM não pode ser oposta em MS, por ser esta ação especial imprópria para medida de constrição da liberdade. Antecedentes da Corte. MS não conhecido. Unânime".

Obviamente, a pena de prisão também comporta detração, nos termos do art. 67 do Código Penal Militar.

Por derradeiro, deve-se assinalar que a pena de prisão contida no Código Penal Militar não se confunde com a pena de **prisão simples** aplicada às **contravenções penais**. Como característica principal, a prisão simples apresenta a impossibilidade de ser iniciada em regime fechado, não admitindo, sequer, a regressão para esse regime. Deve ser cumprida em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, conforme orienta o art. 6º da Lei das Contravenções Penais.

1.4. Impedimento

A pena de impedimento (art. 63 do CPM) – na nossa visão, pelos motivos expostos no início deste estudo, também pena privativa de liberdade – consiste na sujeição do condenado a permanecer no recinto da unidade, sem prejuízo da instrução militar. É, dessarte, uma pena privativa de liberdade que possibilita a prática de atividades no interior da caserna, ou mesmo fora, desde que no bojo de instrução militar.

Aplica-se apenas ao crime de insubmissão, conforme dispõe o preceito secundário do art. 183 do CPM, o que evidencia sua lógica. O crime de insubmissão caracteriza-se por uma conduta que se resume em o convocado

esquivar-se da prestação do serviço militar obrigatório, seja não se apresentando quando da convocação, seja apresentando-se e evadindo-se antes da incorporação. Ora, se o agente está sendo condenado por não prestar o serviço militar obrigatório, basicamente consistente em instruções de preparo da tropa, uma pena que possibilitasse ao condenado afastar-se da instrução seria incongruente, quase um benefício que aquele que se esquivou do serviço militar seria condenado a não prestá-lo. Por essa razão, muito lógica a previsão de que o condenado à pena de impedimento participe da instrução da sua Unidade.

Pode ser aplicada por um período de três meses a um ano, conforme dispõe o próprio preceito secundário do art. 183.

Como o delito de insubmissão, que pressupõe serviço militar inicial obrigatório, não ocorre nas Instituições Militares estaduais, a pena de impedimento não é aplicada no âmbito das Justiças Militares dos Estados.

Antes da condenação pelo crime de insubmissão, geralmente ocorre a concessão de *menagem*, nesse caso uma espécie de prisão provisória. A palavra “menagem” é uma aférese da palavra homenagem. Significa, na terminologia jurídica, a prisão sob palavra, fora do cárcere, permanecendo a pessoa na residência, na unidade em que exerce suas atividades etc., livrando-se do recolhimento à prisão (arts. 263 e s. do CPPM). Para o insubmisso, a *menagem* é cumprida em estabelecimento militar, nos termos do art. 266 do CPPM.

Como consideramos a pena de impedimento uma pena privativa de liberdade, aqui também é possível a detração nos termos do art. 67 do Código Penal Militar. Aliás, essa possibilidade é corroborada pela previsão contida no art. 268 do CPPM, que ao dispor que a *menagem* concedida em residência ou cidade não será levada em conta no cumprimento da pena, permite, *a contrario sensu*, que a *menagem* cumprida em quartel seja detraída da pena definitiva.

Nesse sentido, *vide*, no Superior Tribunal Militar, a Apelação n. 1994.01.047346-9/RJ, julgada em 24 de novembro de 1994, sob relatoria do Ministro Guilherme de Freitas Coutinho:

“Insubmissão amplamente configurada. Improcedente a alegação da defesa quanto à caracterização do erro plenamente escusável. Conjunto

probatório revelador do conhecimento pelo conscrito da data e local de apresentação para fins de incorporação. Tipicidade e culpabilidade demonstradas. Apelo do MPM provido. Reforma do decreto absolutório, condenando o réu à pena de 02 meses de impedimento por incursão ao art. 183, parágrafo segundo, letra 'b', do CPM. Procedendo-se a detração penal. Decisão unânime".

1.5. Suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função

Inaugurando as penas restritivas de direito, temos a suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função (art. 64 do CPM), que consiste na agregação, no afastamento, no licenciamento ou na disponibilidade do condenado pelo tempo determinado na sentença, sem prejuízo de seu comparecimento regular à sede do serviço (art. 64 do CPM), comparecimento esse cuja periodicidade não está expressa na lei, podendo, a nosso entender, ser determinada na sentença condenatória.

O tempo da suspensão (afastamento etc.) não será computado como de serviço, para nenhum efeito, conforme dispõe o próprio artigo.

Vale lembrar que *posto* é o grau hierárquico do oficial, conferido por ato do Presidente da República ou pelo Governador das Unidades Federativas, conforme o caso, e confirmado em Carta Patente, como se infere, por exemplo, do § 1º do art. 16 do Estatuto dos Militares. Por sua vez a *graduação* é grau hierárquico da praça, conferido pela autoridade militar competente (§ 3º do art. 16 do Estatuto dos Militares).

No caso do militar, como diz a lei, haverá a agregação. Para os militares federais essa condição de agregação está expressa no inciso XI do art. 82 da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares).

Para as Unidades Federativas, contudo, pode essa causa de agregação não estar expressa na norma estatutária, como ocorre em São Paulo, onde o art. 5º do Decreto-Lei n. 260/70 não comporta expressamente a previsão desta causa de agregação. Nos Estados em que isso ocorre, assim nos parece, às

causas de agregação trazidas pela legislação estatutária, deve-se acrescer esta do Código Penal Militar, com seus efeitos consequentes, a exemplo do não cômputo para tempo de serviço do período referente ao tempo da condenação.

Caso o militar já seja inativo no momento da condenação, a pena será convertida em detenção de três meses a um ano (parágrafo único do art. 64 do CPM). Há aqui uma questão que pouco se discute, a saber, se é possível substituir a pena de detenção resultante da aplicação do parágrafo único do art. 64 do CPM, pela pena de prisão, nos termos do art. 59 do mesmo Código. Não vemos impeditivo legal para essa operação, já que a condenação será a pena no máximo de detenção até um ano, atendendo ao *quantum* definido no art. 59 do CPM.

Como exemplos de crimes que podem sofrer a pena de suspensão do exercício do posto, portanto, somente afetos aos oficiais, citamos aqueles previstos nos arts. 170, 174, 197, 198, 201, 204 e 266 do CPM. O único delito que prevê a possibilidade de suspensão de graduação é o capitulado no art. 324 do Código Penal Militar ("Inobservância de lei, regulamento e instrução"), que também prevê a possibilidade de suspensão do exercício do posto, do cargo ou da função. Na nossa compreensão, todavia, como já demonstramos ao discutir o princípio da legalidade, a previsão típica do art. 324 fere de morte o princípio da legalidade, constituindo-se, portanto, em previsão penal militar inconstitucional. Nesse contexto, não há a possibilidade de aplicação da suspensão do exercício da graduação.

Malgrado nossa discordância acerca da constitucionalidade do art. 324 do CPM, percebe-se que a jurisprudência vem aceitando a possibilidade de condenação à suspensão do exercício do posto ou graduação para esse delito. Nesse sentido, *vide*, no Superior Tribunal Militar, o *Habeas Corpus* n. 2003.01.033835-7/DF, julgado em 4 de setembro de 2003, sob a relatoria do Ministro Henrique Marini e Souza:

"*HABEAS CORPUS*. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 324 DO CPM.

O preceito secundário descrito no art. 324 do CPM admite dois tipos de sanção:

1) Se o fato for praticado por tolerância, a pena será de detenção e os prazos prescricionais serão regulados pelo art. 125 do CPM.

2) Se o fato for praticado por negligência, a pena será de suspensão de exercício de posto, graduação, cargo ou função, e os prazos prescricionais serão regulados pela norma descrita no art. 127 do mesmo *codex*.

A possibilidade de desclassificação da modalidade dolosa para culposa impede a aferição do prazo prescricional.

Ordem denegada.

Decisão unânime".

Como bem aduz Di Pietro, "na Administração Pública todas as competências são definidas na lei e distribuídas em três níveis diversos: **pessoas jurídicas** (União, Estados e Municípios), **órgãos** (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e **servidores públicos**; estes ocupam **cargos** ou **empregos** ou exercem **função**"**[786]**.

Prossegue a autora, lembrando Celso Antônio Bandeira de Mello, que **cargo** "é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por uma gente"**[787]**, ou seja, criado por lei, o cargo significa uma unidade mínima de divisão da estrutura da Administração Pública, possuindo denominação própria e a ele correspondendo uma série de atribuições.

Ao trazer a possibilidade de suspensão do exercício do *cargo*, entendemos que a lei penal militar pretendeu referir-se ao funcionário público não militar que possa ser condenado por um crime militar, não abrangendo os militares, já que o posto e a graduação, acima já definidos, são os cargos respectivamente do oficial e da praça. Assim, quando o art. 63 menciona a suspensão de posto ou de graduação, refere-se ao militar, que ficará agregado; quando se refere à suspensão do cargo, refere-se ao servidor público não militar, que ingressaria pela condenação na condição de afastamento, licenciamento ou disponibilidade, conforme previsão estatutária específica. Obviamente, esse funcionário público deve estar adstrito à administração militar, como o era, por exemplo (mas não apenas ele), o assemelhado, que não possuía posto ou graduação mas estava sujeito à disciplina militar.

No âmbito estadual, embora existam servidores públicos prestando serviços na Administração Militar – não na condição de assemelhado mas com regras próprias a exemplo em São Paulo daqueles sujeitos à Lei n. 500, de 13 de novembro de 1974 –, como elegemos a premissa de que o civil não comete crime militar contra as Instituições Militares Estaduais, não há utilidade na suspensão do exercício do cargo.

Mas mesmo no âmbito das Forças Armadas, a relevância da suspensão do cargo é pequena, porquanto apenas dois delitos possuem esta possibilidade, a saber, os capitulados nos arts. 324 ("Inobservância de lei, regulamento ou instrução") e 340 ("Recusa de função na Justiça Militar") do Código Penal Militar.

Ocorre que o delito do art. 340 do CPM apenas pode ser praticado, pelo preceito primário, por militar ou assemelhado, quando deveria ser aplicada a suspensão do exercício do posto (não prevendo suspensão do exercício da graduação), se agente militar, ou a suspensão do exercício do cargo, se agente assemelhado. Como já defendemos, no entanto, a figura do assemelhado não mais existe, o que leva à conclusão de que no crime em foco a única possibilidade é a suspensão do exercício do posto.

Assim, a possibilidade de suspensão do exercício do cargo estaria apenas presente no delito capitulado no art. 324 do CPM, que, em nosso compreender, por lesar o princípio da legalidade dada a sua amplitude na descrição típica, constitui-se em tipo penal inconstitucional.

Dessa forma, não enxergamos nenhuma possibilidade de aplicação da pena de suspensão do exercício do cargo, mesmo em delito militar praticado no âmbito das Forças Armadas.

Por fim, deve-se verificar a possibilidade de suspensão do exercício de *função*.

Na compreensão do sistema constitucional anterior ao atual, período a que se reporta o Código Penal Militar, **função** podia ser compreendida em duas modalidades diversas:

"1. a de chefia, assessoramento, direção e tantas outras, remuneradas,

normalmente, mediante acréscimos pecuniários ao padrão do funcionário, sob os mais variados títulos, como *pro labore*, representação, gratificação, função gratificada;

2. a exercida, antes da atual Constituição, pelos chamados servidores extranumerários, interinos, temporários e que compõem um **quadro de funções** paralelo ao **quadro de cargos**; normalmente essas funções têm a mesma denominação, remuneração e atribuições dos cargos correspondentes, porém são de livre provimento e exoneração, não conferindo estabilidade àqueles que as exercem; sempre serviram aos propósitos de apadrinhamento próprios da Administração Pública brasileira, em todos os tempos. Era uma forma de atender às exigências do serviço público, criando-se a **função** sem criar-se o **cargo**; com isto contornava-se a exigência constitucional de concurso público para a investidura"**[788]**.

Dessa maneira, para encontrar lógica na sanção penal militar em estudo, deve-se verificar que a função poderia estar atrelada – e ainda hoje encontramos essa situação em algumas Instituições Militares – a alguém que exerce um cargo, seja ele cargo de funcionário público civil na Administração Militar, seja o cargo dos militares (posto ou graduação). Exemplificativamente, um militar do Estado no posto de Tenente-Coronel – que é seu cargo – pode desempenhar a função de Comandante de Unidade, cujas atribuições são várias e podem ser adstritas a uma norma positivada, percebendo em alguns casos um acréscimo pecuniário, denominado "representação de comando". Por essa acepção, seria possível a condenação de um oficial, por exemplo, à suspensão do exercício da função de Comandante de Unidade.

Também há, por outro enfoque, a possibilidade de a função não estar atrelada a um cargo, mas constituir-se em uma unidade de atribuições afetas a um funcionário temporário. Nesse caso, haveria a possibilidade também de suspensão da função.

No entanto, no Código Penal Militar há um único delito que permite a aplicação de suspensão do exercício de função, a saber, o já mencionado art. 324 ("inobservância de lei, regulamento ou instrução"), crime que no nosso compreender, como já dito, não foi recepcionado pela atual ordem

constitucional, mostrando-se a suspensão do exercício de função possibilidade inexistente na atual conformação jurídica.

Em resumo, portanto, no que concerne à pena principal trazida pelo art. 63 do CPM, apenas é admissível a suspensão do exercício do posto, afastando-se as demais possibilidades.

1.6. Reforma

Como última das penas principais está a reforma, disciplinada no art. 65 do Código Penal Militar.

Essa pena sujeita o condenado à situação de inatividade, não podendo perceber mais que um vinte e cinco avos do soldo por ano de serviço, nem importância superior à do soldo. Pode ser modalidade alternativa, como se verifica nos arts. 170, 201 e 204, ou cumulativa de pena (para oficial), como no caso do art. 266 do CPM.

Não se deve confundir a reforma, pena criminal, com a reforma administrativa disciplinar, constante nos diplomas disciplinares. Nesta, a sanção é aplicada por autoridade administrativa, em decorrência de infração disciplinar. Aquela, por sua vez, será imposta por autoridade judicial, em face do cometimento de crime.

Finalmente, saliente-se que boa parte da doutrina tem a pena de reforma como inconstitucional, por tratar-se de sanção penal de caráter perpétuo, o que é vedado pelo art. 5º, XLVII, *b*, da CF. Essa realidade, no entanto, não impede a condenação pelos crimes acima enumerados, uma vez que ao lado da pena de reforma sempre haverá outra pena possível de ser aplicada no caso concreto. Assim, por exemplo, no caso do crime de prática de comércio por oficial (art. 204 do CPM), embora seja possível pelo preceito secundário a aplicação de reforma, deve-se optar pela condenação à pena de suspensão do exercício do posto.

2. DA APLICAÇÃO DA PENA

É discussão recorrente no Direito Penal Militar qual deve ser a forma, o critério para a fixação da pena, sendo muito mais afeta, obviamente, às penas **privativas de liberdade**.

No Direito Penal comum, a questão está praticamente pacificada, sustentando-se a aplicação por um *critério trifásico*, arrimado nos arts. 59 e 68, critério esse que, como bem ensina Guilherme Nucci, costuma-se atribuir ao magistério de Nélson Hungria**[789]**.

Por esse critério, em primeira operação (primeira fase), o juiz fixa a chamada pena-base, com arrimo nas chamadas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, ou seja, para indicar o ponto de partida, o juiz irá avaliar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, chegando a uma pena sobre a qual irá trabalhar as demais fases. Na segunda operação (segunda fase), o juiz irá acrescer ou decrescer a pena-base pela aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas em artigos específicos da Parte Geral do Código Penal. Finalmente, em última operação (terceira fase), irá acrescer ou decrescer a pena obtida como resultante das fases anteriores, pela aplicação das causas genéricas (previstas na Parte Geral) e especiais (previstas na Parte Especial, geralmente no próprio tipo penal que conduziu à condenação), chegando ao *quantum* da condenação.

O Código Penal Militar, por sua vez, não apresenta dispositivos claros para a adoção do critério trifásico, donde surge a necessidade de verificar, em primeiro aporte, se esse critério deve ser adotado também no Direito Penal Militar.

A resposta, tanto no plano doutrinário como no plano jurisprudencial, é no sentido da adoção do critério trifásico na aplicação da pena pela prática de crime militar.

Iniciando pela doutrina, Cláudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz deixam claro seu posicionamento:

"Com o advento da reforma penal, foi adotado o critério *trifásico*, restando inquestionável que, desde então, o cálculo da pena passou a percorrer uma operação em três etapas, cuja inobservância é causa de nulidade da sentença. De igual forma, a utilização de três fases no cálculo da pena a ser imposta é regra no Código Penal Militar. Este, embora adote o sistema trifásico, não traz dispositivo suficientemente claro acerca das três etapas..."**[790]**.

Mesma visão apresenta Jorge César de Assis, inclusive mencionando também ser essa a concepção de Jorge Alberto Romeiro**[791]**.

Finalmente, ainda na doutrina pátria, Ronaldo João Roth, com muita clareza, ensina:

"Inicialmente, é de se afirmar que o *cálculo da pena* segue o método trifásico, aplicando-se nesse sentido a norma do art. 68 do Código Penal Comum (CPComum), diante da lacuna sobre o tema no Código Penal Militar (CPM)"**[792]**.

No plano jurisprudencial, a adoção do critério trifásico no Direito Penal Militar está também bem assentada, inclusive por entendimento do Pretório Excelso, por exemplo, no *Habeas Corpus* n. 92.116/RJ, julgado pela Primeira Turma em 25 de setembro de 2007, sob relatoria do Ministro Menezes Direito, com a seguinte ementa:

"*Habeas corpus*. Receptação. Material bélico de propriedade da Aeronáutica. Dosimetria da pena. Aplicação do artigo 69 do Código Penal Militar. Fixação da pena-base no máximo legal permitido. Razoabilidade. Fundamentação apropriada. 1. A avaliação das circunstâncias judiciais previstas no artigo 69 do Código Penal Militar, que enseja aplicação transparente do juízo de razoabilidade formulado pelo Magistrado para aplicar a reprimenda, pode ser realizada em qualquer parte da sentença. Não há falar, assim, em ausência de fundamentos para a aplicação da pena-base no máximo legal permitido sem que se examine todo o corpo da decisão judicial. 2. A dosimetria da pena reclama fundamentação idônea, não a utilização de critérios matemáticos. 3. Eventual excesso na fixação da pena-base, o que não ocorre no caso, estaria corrigido pela não aplicação, na hipótese vertente, da agravante da reincidência. 4. *Habeas*

corpus indeferido".

No corpo do Acórdão, veiculado no *Informativo* n. 482 do STF, é possível verificar a visão de que o critério trifásico deve ser adotado na aplicação da pena para o crime militar:

"...A aplicação da pena deve obedecer, em se tratando de crimes comuns, ao critério trifásico adotado pelo Código Penal nos artigos 59 e 68. Em um primeiro momento, após concluir de modo afirmativo pela materialidade e pela autoria do crime, o Juiz deve fixar a quantidade da pena a ser aplicada dentro dos limites estabelecidos pelo legislador. Nessa tarefa cumpre-lhe observar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos, as circunstâncias e as consequências do ilícito, e o comportamento da vítima. Em um segundo momento, o Juiz deve majorar ou diminuir a pena-base fixada conforme verifique a existência de circunstâncias atenuantes, previstas no artigo 65, ou agravantes, previstas nos artigos 61 e 62 do Código. Na terceira e última fase de aplicação da pena tem lugar a incidência das causas de diminuição e de aumento, em geral previstas na parte especial do Código Penal, e cuja expressão é previamente estabelecida dentro de uma margem expressamente estabelecida pelo próprio legislador. O Código Penal Militar apresenta-nos sistemática em tudo semelhante. O artigo 69 desse diploma estabelece que 'Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime'. No artigo 70, o Código Penal Militar esclarece as 'circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não integrantes ou qualificativas do crime'. No artigo 72, as 'circunstâncias que sempre atenuam a pena'; e o artigo 76 trata da aplicação das causas especiais de aumento e de diminuição de pena. Todo esse processo, vale lembrar, é corolário do princípio do devido processo legal e encontra justificativa direta na necessidade de se preservar a proporcionalidade possível entre o ilícito praticado e a reprimenda que lhe deve corresponder. Nessa medida, constitui, também, instrumento apto a garantir uma fun-

damentação transparente sobre o juízo de razoabilidade formulado pelo Juiz que, assim, poderá ser aferido dentro de cada uma das etapas que levam à aplicação da pena. A sentença penal, como de resto as decisões judiciais em geral, é dividida em relatório, fundamentação e dispositivo não apenas por tradição, mas por motivos de ordem técnica".

Mais recentemente, a questão foi enfrentada novamente pela Primeira Turma, sob relatoria do mesmo Ministro, no *Habeas Corpus* n. 90.659/SP, julgado em 12 de fevereiro de 2008, evidenciando-se a mesma compreensão.

Na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, é importante ressaltar, a compreensão é a mesma desde há muito, conforme se extrai do julgamento do *Habeas Corpus* n. 70.884/CE, julgado em 21 de junho de 1994, sob relatoria do Ministro Paulo Brossard:

"*EMENTA*: 'HABEAS-CORPUS'. PENAL MILITAR. NULIDADES: FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO QUE AGRAVOU A PENA E DO QUE APLICOU A PENA ACESSÓRIA DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. Policial militar condenado a 1 ano e 6 meses de detenção por excesso culposo nas excludentes de estrito cumprimento do dever legal e de legítima defesa nos crimes de homicídio e lesão corporal grave, em concurso material e de agentes. Sentença reformada para condenar o paciente à pena de 7 anos de reclusão pelos crimes dolosos de homicídio e lesão corporal grave, art. 205, par. 02, e VI, 209, pars.1 e 2, do Código Penal Militar, com desclassificação de homicídio qualificado para simples. Perda da graduação imposta após o trânsito em julgado do acórdão condenatório. O não estabelecimento da pena-base, por inobservância do critério trifásico para aplicação da pena, arts. 59 e 68 do C.P., não implica em nulidade *quando a condenação e o aumento pelas qualificadoras são aplicados nos mínimos legais, porque não há prejuízo para o réu*. Só há nulidade quando a pena-base ou as qualificadoras são aplicadas acima do mínimo legal sem fundamentação. A pena de exclusão da Polícia Militar, art. 102 do C.P.M., NÃO É restritiva de liberdade nem afeta o direito de locomoção, ou a liberdade de ir e vir, não podendo ser revista em 'habeas-corpus', que é instituto destinado a garantir o direito a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder. Contra a pena acessória a lei prevê toda uma cadeia recursal,

existindo ainda remédio constitucional célere para os casos de violação de direito líquido e certo. 'Habeas-corpus' conhecido em parte, e nesta parte indeferido". (g. n.)

De notar que no julgado acima, a inobservância do critério trifásico somente não importou em nulidade da sentença em função da fixação da pena nos limites mínimos, não havendo prejuízo ao condenado, o que leva à conclusão de que a adoção do critério trifásico é regra no Direito Penal Militar.

Em suma, elegemos a premissa de que para a aplicação da pena no Direito Penal Militar, devemos adotar o critério trifásico, que passaremos a esmiuçar com base nos artigos do Código Penal Militar.

2.1. Primeira fase da aplicação da pena: definição da pena-base

Na primeira fase, como já consignado, o juiz – aqui e doravante, ao nos referirmos a juiz no Direito Penal Militar, estaremos significando tanto o juiz de direito das Justiças Militares Estaduais, em julgamento monocrático, como o Conselho de Justiça em sua unidade, como comanda o § 1º do art. 36 do CPPM – deve fixar a pena-base. Nos dizeres de Guilherme Nucci, a pena-base "é a primeira escolha do juiz no processo de fixação da pena, sobre a qual incidirão as agravantes e atenuantes e, em seguida, as causas de aumento e diminuição. A eleição do *quantum* inicial, a ser extraído da faixa variável entre o mínimo e máximo abstratamente previstos no tipo penal incriminador, precisamente no preceito secundário, faz-se em respeito às circunstâncias judiciais, previstas no art. 59. Não se trata de uma opção arbitrária e caprichosa do julgador, ao contrário, deve calcar-se nos elementos expressamente indicados em lei"**[793]**.

No plano legal, é ela definida pelo art. 77 do CPM, nos seguintes termos: "A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria, se não existisse a circunstância ou causa que importa o aumento ou diminuição".

Assim, na fixação da pena-base, o juiz deverá, fundamentadamente, enumerar as circunstâncias do art. 69 do CPM, fixando uma pena inicial de

trabalho. As circunstâncias do citado artigo são denominadas *circunstâncias judiciais*. Vejamos o que dispõe o art. 69 do CPM:

"Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime".

Como se percebe, a primeira parte do artigo em foco enumera dois universos de valoração inicial, sequencialmente indicando quais critérios preenchem esses universos. Em primeiro plano, determina que o juiz avalie a gravidade do crime, estabelecendo as chamadas circunstâncias judiciais de caráter objetivo, ou seja, aquelas que dizem respeito ao fato em si, a saber, *a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, as circunstâncias de tempo e lugar*. Também determina o dispositivo que sejam aferidas as circunstâncias judiciais de caráter subjetivo, ou seja, aquelas que dizem respeito ao autor, indicando a sua personalidade pela *intensidade do dolo ou grau da culpa, os motivos determinantes, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime*. Vejamo-las detidamente, a iniciar por aquelas que caracterizam a personalidade do réu.

Lembra Nucci que o termo "personalidade" deriva de *persona*, que significa máscara, referindo-se às máscaras utilizadas pelos atores nos dramas gregos, buscando dar significado aos papéis que representavam. Atualmente, continua refletindo os papéis que todos desempenhamos na vida em sociedade. Trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. A conduta do indivíduo é certamente influenciada por seu patrimônio genético, mas não totalmente determinada por ele, uma vez que é, igualmente, resultado do seu processo de vida, configurando a consistência de seu comportamento"**[794]**. Nesses termos, a *personalidade do réu* pode ser-lhe favorável – como no caso de ficar evidente a bondade, a fraternidade, a camaradagem no meio militar, a responsabilidade, o preparo profissional, a face

disciplinada, a maturidade etc. – ou desfavorável – como a evidência de indisciplina caracterizada por extensa nota de corretivo, da desonestidade, o racismo, a xenofobia, a intolerância, a agressividade, a preguiça, o esnobismo etc. O CPM, no art. 69, estabelece parâmetros, circunstâncias a serem avaliadas para a definição da personalidade do réu: *intensidade do dolo ou grau da culpa, os motivos determinantes, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime*.

No Código Penal comum, grafa-se a culpabilidade que substituiu a *intensidade do dolo e o grau da culpa*, ainda mantidos no Código Penal Militar, até mesmo por fidelidade sistêmica, já que o dolo e a culpa no neokantismo estão inseridos na culpabilidade (teoria psicológico-normativa da culpabilidade). Neste ponto, deve o juiz verificar se o dolo foi evidente e qual sua quantidade ou se a culpa foi leve ou grave, obviamente tendo por parâmetro as características do agente. Assim, um crime praticado com dolo direto, em regra, merece ter uma pena-base maior que aquele praticado com dolo eventual, bem como, de acordo com a capacidade maior ou menor de o agente compreender uma regra de cuidado objetiva, a culpa pode ser graduada, merecendo maior reprovação a culpa grave.

Um bom parâmetro para essa aferição colhemos em Magalhães Noronha, que, considerando a aferição da culpabilidade como sinônimo de aferição da intensidade do dolo e do grau de culpa, postula que a intensidade do dolo é a sua quantidade, costumando-se distinguir, além da já mencionada separação entre dolo eventual e dolo direto, "o dolo *premeditado* do *de ímpeto*. Este é o que surge de improviso, ao passo que aquele traduz reflexão e ponderação... Nada impede, entretanto, que, considerando-se o *arbitrium judicis*, no caso concreto, o julgador tenha a premeditação como reveladora de intensidade dolosa..."**[795]**. Acerca do grau de culpa, ensina o mesmo autor:

"A culpa, como vimos, possui graus. Vai desde a *culpa aquiliana*, na sua modalidade de levíssima, até o grau mais avançado de *culpa consciente*.

Esta, em princípio, representa forma de maior gravidade. Nem sempre, porém. A culpa consciente, muita vez, importa necessidade de menor disciplina do que a inconsciente, pois ali o agente prevê as consequências do ato,

embora espere que não se verifiquem, dada sua habilidade, cautela, cuidado etc., ao passo que na culpa *ex ignorantia*, tão desatento, descuidado ou negligente é, que nem por um momento previu os efeitos da ação (...). Também aqui é no caso concreto que se avaliará a importância da espécie de culpa"**[796]**.

Motivos determinantes do crime também serão avaliados para o estabelecimento da pena-base, assim compreendidos como a causa, o fundamento, a força motriz do fato criminoso. Deve-se tomar o cuidado para que a fixação da pena-base não ingresse nas outras fases da fixação da pena, valorando duas vezes a mesma circunstância. É exatamente o caso do motivo do crime, que também encontra vez na fixação da pena como circunstância agravante (art. 70, II, *a*, do CPM), avaliada na segunda fase, e até como qualificadora (ex., art. 205, § 2º, I, do CPM), que embora se refira à primeira fase, já pode ter sido avaliada para definição dos intervalos de pena do crime qualificado.

Antecedentes do réu, na compreensão do **Código Penal comum**, referem-se aos antecedentes no campo penal, antes da prática do ato criminoso que se encontra em julgamento, excluindo-se, pois, sua conduta fora do Direito Penal, a exemplo da conduta familiar, profissional etc. Essa realidade está presente desde a reforma da Parte Geral do CP, em 1984, que grafou uma nova circunstância na fixação da pena-base, qual seja, a conduta social do agente**[797]**. Assim, ao tratar dos antecedentes, o art. 59 do CP comanda a aferição da folha criminal, somente computando os fatos que possuam condenações irrecorríveis, sem abarcar aquelas que possam induzir a reincidência, já que esta se trata de circunstância agravante que influenciará na segunda fase da fixação da pena**[798]**. Ao versar sobre a conduta social, o réu é visto em um contexto mais abrangente, verificando-se seu comportamento como pai, filho, empregado, empregador, vizinho etc.

No Direito Penal Militar, no entanto, não se aplica essa mesma dicotomia, porquanto não houve, em 1984, afetação do art. 69 do CPM, que não grafa a conduta social expressamente. Assim, ao comandar a avaliação dos antecedentes do acusado, o Código Penal Castrense impõe a avaliação não só da vida pregressa criminal do réu, mas também da sua conduta social.

Exemplificativamente, uma folha de punições muito extensa importa na detecção de uma personalidade de indisciplina, elevando a fixação da pena-base. Por outro lado, uma folha de punições pequena somada a uma folha de elogios extensa implicará a verificação de uma personalidade favorável ao acusado.

Possibilitando essa interpretação, importante trazer as lições de Guilherme Nucci ao comentar a valoração dos antecedentes do réu, à luz do art. 59 do CP, após a Reforma Penal de 1984:

"Trata-se de tudo que ocorreu, no campo penal, ao agente antes da prática do ato criminoso, ou seja, a sua vida pregressa em matéria criminal. Antes da Reforma de 1984, os antecedentes do réu abrangiam todo o passado do réu, desde as condenações porventura existentes até seu relacionamento na família, no trabalho e em outros lugares. Atualmente, no entanto, destacando-se a conduta social do contexto dos antecedentes, terminou sendo esvaziado este último requisito, merecendo circunscrever sua abrangência à folha de antecedentes. É verdade que os autores da Reforma mencionam que os antecedentes 'não dizem respeito à folha penal e seu conceito é bem mais amplo (...) deve-se entender a forma de vida em uma visão abrangente, examinando-se o seu meio de sustento, a sua dedicação a tarefas honestas, a assunção de responsabilidades familiares'. Entretanto, ao tratar da conduta social, os mesmos autores frisam que ela se refere 'ao comportamento do réu no seu trabalho, no meio social, cidade, bairro, associações a que pertence (...)', entre outros"**[799]**.

O art. 69 do CPM também comanda a valoração da *atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento do réu*, influenciando na pena-base. Por óbvio, evidenciada a insensibilidade ou a indiferença, a reprovação há de ser maior, enquanto o arrependimento deve favorecer o estabelecimento da pena-base.

Passemos agora às circunstâncias judiciais ligadas ao fato, à gravidade do crime praticado, rotuladas como objetivas.

A *gravidade do crime praticado* permite que quanto mais grave o fato, maior a pena-base a ser fixada. Por evidente, uma primeira avaliação dessa gravidade já é feita em momento anterior ao da fixação da pena, a saber, quando da idealização dos tipos penais militares com seus respectivos preceitos

secundários, pelo legislador penal militar. Ao aplicador da lei penal, portanto, resta navegar nos parâmetros já estabelecidos para aquele crime, fixando a pena-base maior conforme conclua pela maior gravidade do crime ao avaliar *a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução e as circunstâncias de tempo e lugar*.

Na fixação da pena-base, o juiz deve considerar a *maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano*, conforme seja o delito de perigo ou de dano. Não se trata nessa circunstância objetiva de aferir se o crime foi consumado ou tentado, visto que a tentativa conhece dispositivo próprio, a ser lançado na terceira fase da fixação da pena. Trata-se, então, de verificar se o crime tentado resultou em algum dano (ou perigo), ou se o crime consumado importou em dano (ou perigo) maior ou menor. Assim, pensando em um crime material consumado, o furto qualificado de uma arma da Instituição Militar merece maior reprovação que o furto de uma arma particular, bem como o furto de uma vultosa quantia merece pena-base maior que a subtração, embora significante, de quantia muito menor. Até mesmo na tentativa essa aferição é possível, porquanto, *in exemplis*, a de um homicídio cujo agente dispara contra a vítima sem acertá-la (tentativa branca) merece menor pena-base do que aquela em que os disparos atingem a vítima mas não a matam (*tentativa cruenta*).

Os *meios empregados* poderão – quando não compuserem o crime (ex.: art. 269 do CPM), não o qualificarem (ex.: art. 205, § 2º, III, do CPM) nem importarem em agravante (ex.: art. 70, *e*, do CPM) ou causa especial de aumento de pena (ex.: art. 157, § 1º, do CPM) – influenciar na fixação da pena-base. *Meio empregado* diz respeito ao condutor físico da ação criminosa, ou seja, o que foi utilizado para a prática do delito. Como exemplo, o dano causado por uma máquina pá-carregadeira em um automóvel merece muito mais reprovação, portanto maior pena-base, do que aquele causado, ainda que em mesma extensão, por uma pedra, já que há maior risco potencial.

O *modo de execução* do crime deve ser compreendido como circunstância objetiva que indica a forma imaterial como o crime foi praticado, podendo também influenciar – quando não compuser ou qualificar o delito, importar em causa de aumento ou diminuição de pena etc. – na fixação da pena-

base. Por exemplo, praticá-lo de forma premeditada, exibicionista ou obstinada etc. Por óbvio, se o juiz já valorou a premeditação ao avaliar a intensidade do dolo, como acima proposto por Magalhães Noronha, não deverá valorá-la novamente, nesse ponto. Merece pena-base maior, e. g., o crime praticado de forma obstinada, em que o agente persegue seu objetivo a qualquer custo.

As *circunstâncias de tempo e lugar* merecem, como define o art. 69 do CPM, valoração específica na fixação da pena-base. *Tempo*, como evidente, refere-se ao momento da prática do delito, podendo ser desfavorável ao réu a prática de um dano, por exemplo, em período de escassez econômica. *Lugar*, por sua vez, refere-se ao espaço físico onde o delito é cometido, podendo pesar contra o acusado, v. g., a prática do fato em local de perigo para a tropa, por exemplo, no interior de uma comunidade dominada pelo tráfico de drogas.

Findando os comentários às circunstâncias judiciais, embora já tenhamos alertado, deve-se sempre frisar, como o faz César Dario Mariano da Silva, que se "a circunstância judicial já for autonomamente uma causa de aumento ou diminuição de pena, bem como agravante ou atenuante genérica, não poderá ser levada em consideração quando da fixação da pena-base. Será apreciada na segunda ou terceira fase da fixação da pena, dependendo de sua natureza jurídica"**[800]**.

A fixação dessa pena-base, motivada de acordo com os critérios do art. 69, acima esmiuçados, deve obedecer aos parâmetros mínimo e máximo da pena abstratamente cominada para o crime em foco e, por essa razão, deve verificar primeiro se o crime é simples, qualificado ou privilegiado, já que a forma qualificada e a privilegiada alteram os patamares mínimo e máximo da pena.

Qualificadoras, é bom que se tenha em mente, são circunstâncias legais (não judiciais) expressas no tipo penal incriminador que elevam a faixa de aplicação da pena para determinado crime, ou seja, a pena mínima e a pena máxima serão maiores do que na modalidade simples do delito. Como exemplo de qualificadora, tome-se o art. 157, § 1º, do CPM: a pena para a forma simples do delito de violência contra superior (art. 157, *caput*) é de detenção, de três meses a dois anos, enquanto a pena para a forma qualificada do § 1º é de

reclusão, de três a nove anos.

Privilégios, por outro lado, são circunstâncias legais (não judiciais) expressas no tipo penal incriminador que diminuem a faixa de aplicação da pena para determinado crime, ou seja, a pena mínima e a pena máxima serão menores do que na modalidade simples do delito. Como exemplo de privilégio, tome-se o art. 308, § 2º, do CPM: a pena para a forma simples do delito de corrupção passiva (art. 308, *caput*) é de reclusão, de dois a oito anos, enquanto a pena para a forma privilegiada do § 2º é de detenção, de três meses a um ano.

Importante observação nos traz Guilherme Nucci, postulando que "não se justifica a corrente doutrinária e jurisprudencial que permite a ausência de fundamento quando o juiz elege o mínimo legal previsto no tipo como pena-base, sob a assertiva de existir, então, a presunção de serem todas as circunstâncias judiciais favoráveis. Segundo nos parece, se a Constituição Federal garante a *todas* as decisões do Poder Judiciário a devida motivação (art. 93, IX), é indispensável haver a justificação da escolha do mínimo legal, proporcionando ao órgão acusatório, caso inconformado, a interposição de recurso cabível, contrariando os argumentos utilizados na sentença..."**[801]**.

Muito correta a visão do autor que entende que o Juiz não pode simplesmente fixar a pena-base na pena mínima em todas as circunstâncias. Essa situação é até possível, desde que seja motivada, porém não deve ser simplesmente uma prática cômoda, para evitar recurso da defesa, que sempre estará satisfeita com a fixação de pena-base coincidente com a pena mínima.

Também nessa linha está Ronaldo Roth:

"A doutrina diverge de onde se partir para o cálculo da pena: se da pena mínima, se da pena máxima, se do termo médio. A lei não veda qualquer desses critérios, portanto, não há que se falar em direito subjetivo do réu à pena-base no mínimo legal. Seja qual for o critério do patamar inicial para o cálculo da pena, deve o juiz explicitá-lo na sentença para que o réu saiba como se encontrou a pena final"**[802]**.

Como observação final à primeira fase de fixação da pena, deve-se lembrar que o *quantum* de aumento à pena mínima por ocasião da detecção de

circunstâncias judiciais não conhece parâmetro, não podendo ser aplicado o art. 73 do CPM**[803]**, que se reporta a circunstâncias legais, previstas em lei, e não às circunstâncias judiciais. Assiste razão, portanto, a Jorge César de Assis ao dispor que fixados os limites, máximo e mínimo, "dentro deles se movimenta a *consciência do juiz*, não podendo deixar, entretanto, de atender às circunstâncias que por disposição expressa sempre agravam ou atenuam a pena"**[804]**. (g. n.) O limite nessa operação será a proporcionalidade, fundamentadamente evidenciada pelo juiz. No sentido de a proporcionalidade tornear a fixação da pena – bem como a própria cominação em abstrato pelo legislador –, muito bem se posiciona Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

"A pena configura-se, então, como uma técnica de privação de bens (seja alguns aspectos da liberdade, seja o patrimônio) sob o pressuposto da sua valorização qualitativa e quantitativa; o que passa a ser considerado quando se fala em pena de prisão, por exemplo, é o tempo de liberdade a ser tolhido do imputado... Saliente-se, desta forma, que tanto o tempo de liberdade, como o dinheiro são passíveis de serem (*sic*) quantificados e, portanto, mensurados. Esta característica confere à pena o caráter de sanção *abstrata* e *igual*, legalmente predeterminada, seja no que diz respeito à sua natureza, seja na sua característica de privação de um *quantum* (que varia entre um mínimo e um máximo) de valor. O que resulta daí, no que diz respeito à possibilidade de se estabelecer uma proporcionalidade entre a gravidade dos crimes e a medida de pena correspondente, não se limita, apenas, a conferir ao aplicador da lei penal a possibilidade de efetuar um cálculo a partir dos específicos elementos do caso concreto, e impor ao condenado o cumprimento de uma pena adequada à real gravidade do fato por ele cometido, mas, num momento anterior a este, permite ao legislador que valore a natureza do delito e da sua pena, de modo que estabeleça uma correspondência, *in abstracto*, entre a gravidade do fato proibido e a medida da pena cominada, com base na hierarquia de bens e interesses já avaliados como aptos a serem tutelados penalmente"**[805]**.

Agora, como buscar a proporcionalidade em uma questão tão subjetiva como a avaliação das circunstâncias judiciais importando na majoração, diminuição ou mesmo indiferença para a fixação da pena-base?

Obviamente, não se conhece uma resposta uníssona a essa questão, que não se trata, pelo Código Penal Militar – ou mesmo pelo Código Penal comum – de uma simples operação aritmética. Embora seja possível postular certa liberdade do juiz, parece-nos adequada, com algumas adaptações, a visão de Guilherme Nucci**[806]** ao pontuar as circunstâncias judiciais, chegando, ao final da avaliação, à soma ou diminuição do *quantum*.

Inicialmente, verificam-se oito circunstâncias judiciais no art. 69 do CPM, ora ligadas à personalidade do réu (subjetivas), ora ligadas à gravidade do crime (objetivas):

– a intensidade do dolo ou grau da culpa;

– a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano;

– os meios empregados;

– o modo de execução;

– os motivos determinantes;

– as circunstâncias de tempo e lugar;

– os antecedentes do réu;

– a atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento do réu após o crime.

Conhecendo essas circunstâncias, o juiz irá verificar quais estão presentes e, dentre estas, quais são favoráveis ao réu. Como exemplo, a já citada personalidade disciplinada caracterizada pelos antecedentes pode estar presente desfavoravelmente ao réu – pela demonstração de uma extensa folha de punições –, favoravelmente a ele – pela demonstração da inexistência de folha de punições ou a presença de uma folha de punições insignificante diante da extensão da folha de elogios –, e até mesmo uma circunstância inexistente, por exemplo pelo fato de o réu não possuir antecedentes funcionais em face de seu recente ingresso nas fileiras da Instituição Militar. Para o caso de o réu ser civil, em um processo-crime em curso na Justiça Militar da União, o juiz deverá buscar outras formas nos autos de verificação da condição profissional do agente

(testemunhas, prêmios etc.), lembrando que adequadamente esses dados devem ser trazidos pela acusação ou pela defesa.

Caso todas as circunstâncias sejam favoráveis ao acusado, concluir-se-á por culpabilidade mínima, portanto a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal. Por outro lado, caso haja a presença desfavorável de todas as circunstâncias, a culpabilidade indicará a necessidade de fixação da pena-base no patamar máximo permitido legalmente. Caso nenhuma das circunstâncias estudadas esteja presente ou se compensem, na falta de melhor critério e buscando uma interpretação *favor rei*, entendemos que a pena-base também deverá içar no patamar mínimo.

Na visão de Guilherme Nucci, o passo seguinte é valorar cada circunstância, impondo-lhe peso. Para o autor algumas circunstâncias merecem peso 2 (personalidade, antecedentes e motivos), enquanto outras merecem peso 1 (conduta social, comportamento da vítima, circunstâncias do delito e consequências da infração penal)**[807]**, de sorte que uma circunstância desfavorável com peso 2 (personalidade, p. ex.), somente seria anulada por duas com peso 1. O estabelecimento de pesos diferentes, no entanto, parece-nos inadequado, primeiro porque o Código Penal não comanda a atitude do juiz nesse sentido, sendo essa interpretação – ainda que com base em outros dispositivos penais que acentuam algumas circunstâncias na forma sistêmica do Código, como aliás o faz Nucci – importará em interpretação contrária ao réu sem respaldo legal para tanto; segundo porque em algumas situações, certas circunstâncias causarão mais reprovação em relação à outra, sem seguir a lógica hermética da pontuação desigual. Sustentamos, dessa forma, que todas as circunstâncias devem ter o mesmo peso, apenas se verificando quantas desfavoráveis e quantas favoráveis existem, buscando, após confrontá-las, determinar qual a preponderância.

Vejamos um exemplo trazido por Nucci, na visão aplicada ao art. 59 do CP, em que o autor reconhece, pelo sistema de pesos diferentes, 10 pontos nas circunstâncias judiciais:

"Se projetarmos os pesos fixados em escala de pontuação, atingiríamos 10 pontos: personalidade (2), antecedentes (2), motivos (2), conduta

social (1), circunstâncias do crime (1), consequências do crime (1) e comportamento da vítima (1). Aplicando-se, ilustrativamente, na fixação da pena-base de um furto simples, cuja variação da pena de reclusão é de 1 a 4 anos, teríamos: 10 pontos negativos = 4 anos de pena-base; 5 pontos negativos = 2 anos e 6 meses de pena-base; 3 pontos negativos = variação de 1 ano e 6 meses a 2 anos de pena-base; nenhum ponto negativo = 1 ano de pena-base"**[808]**.

Aparentemente o autor dividiu a diferença entre pena máxima e pena mínima por 10, para adequar ao seu sistema de pesos. Assim, subtraindo a pena mínima da pena máxima do furto, teremos 3 anos de variação na pena. Ao apresentar, por exemplo, 5 pontos negativos, a pena mínima (1 ano) deverá ser acrescida de metade do valor referente à diferença, ou seja, 1 ano e 6 meses, totalizando uma pena-base de 2 anos e 6 meses. Note-se que, como ocorre no caso de detecção de 3 pontos negativos, é impossível transformar o cálculo da pena-base em uma simples operação matemática exata, existindo, sim, um plano discricionário do juiz, que será adequadamente diminuído pela busca de um método na fixação dessa pena.

Mas busquemos, agora, com nossas adaptações, indicar o caminho para a fixação da pena-base no Direito Penal Militar.

Como vimos, existem oito circunstâncias judiciais no art. 69 do CPM, que, para nós, têm o mesmo peso. A próxima tarefa é verificar o intervalo de tempo entre a pena mínima e a máxima, dividi-lo por 8 e estabelecer o *quantum* de acréscimo e de decréscimo por cada ponto verificado**[809]**.

Para facilitar a compreensão, trabalhemos com um crime em que a conta sugerida será evidente. No crime de maus-tratos com resultado morte (art. 213, § 2º, do CPM), a pena abstratamente cominada ao delito é de reclusão de 2 a 10 anos, portanto, possuindo um intervalo entre pena mínima e máxima de 8 anos. Isso leva à conclusão de que cada circunstância verificada influenciará na pena-base em 1 ano (10-2=8; 8/8=1). Com esse exemplo, vejamos algumas possibilidades:

– verificando o juiz que não existem circunstâncias judiciais a serem valoradas, a pena-base será de 2 anos de reclusão;

– verificando o juiz que somente existem circunstâncias judiciais favoráveis, embora já se defenda hoje o contrário, entendemos que a pena-base deva ficar na pena mínima, ou seja, 2 anos de reclusão;

– verificando o juiz três circunstâncias favoráveis e três circunstâncias desfavoráveis, a pena-base deve ficar também na pena mínima, ou seja, 2 anos de reclusão;

– verificando o juiz a presença de quatro circunstâncias desfavoráveis, a pena-base deve ser fixada em 6 anos de reclusão;

– verificando o juiz a presença de todas as circunstâncias desfavoráveis, a pena-base deverá coincidir com a pena máxima cominada, ou seja, 10 anos de reclusão.

Importante frisar que a pena-base não pode, mesmo com circunstâncias judiciais favoráveis, ficar aquém da pena mínima abstratamente cominada, já que o art. 69 do CPM, em seu § 2º, determina a observância dos limites legais fixados: "salvo o disposto no art. 76, é fixada dentro dos limites legais a quantidade da pena aplicável".

Aliás, essa visão, embora atrelada ao Código Penal comum, já encontrou respaldo no Superior Tribunal de Justiça. Por todos, *vide* a Apelação Criminal n. 1098078300000000/SP, julgada em 24 de junho de 2008, sob relatoria do Ministro Borges Pereira:

"Sentença que estabeleceu condenação abaixo do mínimo legal – Insurgência do Ministério Público – Admissível – Sedimentado na doutrina e na jurisprudência o entendimento no sentido de ser *impossível a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal*. Viola o princípio da legalidade a aplicação da majorante do crime de roubo, resultante do concurso de pessoas, ao crime de furto qualificado pela mesma circunstância. Como não existe equivalência entre os incisos I, II e III do § 4º do artigo 155 do Código Penal com os demais incisos do parágrafo segundo do artigo 157 do Código Penal, a fórmula aplicada resultaria numa reprimenda diferenciada para indivíduos que cometem furto qualificado naquelas circunstâncias, o que é inconcebível. Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que havendo incidência de

atenuantes relativas à menoridade do agente e à confissão espontânea, entendimento de que incide a Súmula 231 do STJ. Necessidade de correção. Fixação da reprimenda em 02 anos, mais pagamento de 10 dias multa. Não cabe incidir a atenuante da menoridade e da confissão espontânea. No mais, mantida a substituição e o regime aberto para início de cumprimento de pena. Recurso ministerial provido para o fim de fixar a reprimenda no mínimo legal".

Trabalhemos com mais um exemplo. Tomemos o caso de um militar do Estado que, já possuindo várias transgressões disciplinares de natureza grave em sua nota de corretivo, e uma condenação anterior por desrespeito a superior, tendo cumprido a pena há menos de cinco anos, em último ato, pratica o delito capitulado no art. 157 do Código Penal Militar ("violência contra superior") contra seu Comandante de Unidade, durante uma operação daquela organização policial militar para o combate ao tráfico de drogas em uma comunidade carente, sem resultar lesões corporais.

Iniciando a operação (primeira fase), o juiz deverá concluir que estará trabalhando na forma qualificada do delito, porquanto a prática do crime contra o Comandante de Unidade do agente caracteriza-se em forma qualificada. Desse modo, por patamar de fixação da pena-base, o juiz terá o de reclusão de 3 a 9 anos. Como o agente possui uma vida transgressional intensa, conclui-se que sua personalidade, indisciplinada, recomenda maior reprovação, bem como o fato de o delito ter sido praticado em um local de risco (comunidade em que havia o domínio do tráfico de drogas), sem a constatação de circunstância judicial favorável. A diferença entre a pena mínima e a máxima é de 6 anos, ou de 72 meses, os quais divididos pelas oito circunstâncias judiciais significam 9 meses para cada uma. Recomenda-se, em face da constatação de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, a fixação da pena-base em **4 anos e 6 meses de reclusão**. Note-se que, pelo fato de ter praticado o delito em serviço, haverá majoração específica na terceira fase, não podendo ser utilizada como argumento nesta fase. Da mesma forma, a condenação anterior indutora da reincidência não será avaliada nesse momento, já que ingressará na próxima fase.

Obviamente, a operação sugerida por Nucci, aqui adaptada, pode encontrar resistência e ataques, mas, inegavelmente, configura-se em uma forma de reduzir a discricionariedade buscando a proporcionalidade.

Fixada a pena-base, passemos agora à segunda fase da fixação da pena.

2.2. Segunda fase da aplicação da pena: circunstâncias agravantes e atenuantes

Nesta fase inaugura-se a avaliação de *circunstâncias legais* (não mais judiciais) previstas especificamente nos artigos da Parte Geral do Código Penal Militar que disciplinam as agravantes e as atenuantes.

O Código Penal Militar trata das circunstâncias agravantes e atenuantes, respectivamente, nos arts. 70 e 72. Há, ainda, as circunstâncias agravantes referentes ao concurso de pessoas, previstas no § 2º do art. 53 do CPM, também incidentes nesta fase. Vejamos tais circunstâncias de forma pormenorizada.

2.2.1. Circunstâncias agravantes

São condições genéricas que, verificadas no caso julgado, agravarão, desde que não constituam elemento integrante ou qualificador do próprio tipo penal, a pena a ser aplicada, conforme expõe o art. 70 do CPM.

O inciso I do art. 70 dispõe ser circunstância agravante a *reincidência*.

A *reincidência* no Código Penal Militar (art. 71) é muito próxima da conceituação trazida pelo Código Penal comum e caracteriza-se pela prática de novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, tenha condenado o agente por crime anterior. Como se percebe, tal qual se verifica no Direito Penal comum, somente ocorre a reincidência em caso de crime precedente, não vogando a condenação por contravenção penal, de sorte que a condenação irrecorrível por uma contravenção penal prévia não gera a reincidência. Por outro bordo, a condenação prévia por um crime (desde que não seja propriamente militar ou anistiado) induzirá à reincidência no julgamento posterior de uma contravenção penal, somente existente no Direito Penal comum.

Adotou-se em nosso Código Penal Militar a *reincidência ficta*, ou seja, aquela que “ocorre quando o agente, após ser condenado definitivamente pela prática de crime, comete nova infração penal...”**[810]**, e não a *reincidência real*, que “ocorre quando o agente, cumprida total ou parcialmente a pena pela prática de crime anterior, comete nova infração penal”**[811]**.

Nesse conceito deve-se considerar a influência do período depurador, ou seja, aquele espaço de tempo após o qual o indivíduo, mesmo possuindo condenação anterior transitada em julgado, será considerado primário, ao menos tecnicamente. O período depurador é de cinco anos a contar da data do cumprimento ou da extinção da pena. Assim, um militar que possua uma condenação anterior, por sentença irrecorrível, e que já tenha cumprido a pena por essa condenação, se praticar novo delito após dois anos do cumprimento da pena, será reincidente, mas se praticar a nova infração após seis anos, será tecnicamente primário.

Fazendo um paralelo com o Código Penal comum, o inciso II do seu art. 64 dispõe que não serão computados para efeito de reincidência os crimes militares próprios e os anistiados. Dessa forma, caso o primeiro crime com condenação seja de deserção, crime propriamente militar, como vimos, quando do julgamento de um segundo crime na justiça criminal comum, ainda que praticado em menos de cinco anos do cumprimento da sentença do primeiro, o réu não será reincidente.

Não há, todavia, regra recíproca no Código Penal Militar. O § 2º do seu art. 71 somente afasta para efeitos de reincidência os crimes anistiados, e não o crime comum. Como exemplo, alguém condenado anteriormente por crime comum, ao praticar um crime militar, ainda que próprio, em menos de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena do primeiro será reincidente no julgamento do segundo delito na Justiça Militar.

Há setor doutrinário sustentando que a valoração da reincidência para agravar um delito, representa duplo gravame ao acusado, configurando-se em verdadeiro *bis in idem*. Alinhamo-nos a Guilherme Nucci, que ao rechaçar essa visão, sustenta:

“Não vemos sentido nessas críticas, pois a avaliação se volta à aplicação da pena e não à punição em si. Comprovada a prática da infração penal, passa-se à fase de *individualizar* a pena e não haveria razão plausível para equiparar o primário ao reincidente, inclusive quando se cuidar de coautoria. O autor de um crime que já passou por um processo de reeducação (ou, pelo menos, já foi condenado pelo Estado) e, ainda assim, despreza os valores sociais que lhe foram transmitidos – no mínimo, mesmo que se diga que a pena não foi cumprida de modo ideal, pela reprovação que a punição certamente lhe foi capaz de demonstrar – merece maior censura do que outro, delinquente iniciante”**[812]**.

Acerca da anistia, falaremos mais adiante.

Mas, além da reincidência, existem outras circunstâncias agravantes no CPM, trazidas pelas alíneas do inciso II do art. 70.

A pena do delito, pela alínea *a* do referido dispositivo, será agravada quando este for praticado por *motivo fútil* (sem importância, a exemplo de espancar alguém em razão de ter perdido uma partida de pôquer), ou *torpe* (abjeto, ignóbil, que cause repugnância, como a ganância ou ambição, p. ex.). Há coincidente previsão desta agravante na alínea *a* do inciso II do art. 61 do CP.

A agravação da pena ocorrerá também quando o crime é praticado para *facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime* (art. 70, II, *b*, do CPM, com correlata previsão na alínea *b* do inciso II do art. 61 do CP). Configuram-se aqui as chamadas conexões objetivas, a teleológica ou a consequencial (art. 99, *b*, do CPPM), que determinarão, em regra, a unidade do processo para processar e julgar as duas infrações (art. 102 do CPPM). Nesse caso, um delito é praticado em referência a um outro, buscando o agente, pela segunda prática criminosa, trazer facilidades para a execução de outro crime (ex.: lesionar uma pessoa, para poder perpetrar um sequestro – conexão teleológica), ou ocultar, alcançar a impunidade ou garantir a vantagem auferida por um delito anterior pela prática de outro delito (ex.: lesionar o coautor de um delito para poder ficar com o produto de um roubo – conexão consequencial).

Outra agravante prevista no art. 70, II, *c*, do CPM, sem correlata no Código Penal comum, está na prática do delito *depois de embriagar-se, salvo se a embriaguez decorre de caso fortuito, engano ou força maior*. No Código Penal comum, apenas a embriaguez preordenada agrava a pena (alínea *l* do inciso II do art. 61), enquanto, em uma primeira leitura, no CPM a embriaguez, preordenada ou não – claro, se não sofrer avaliação autônoma, como a embriaguez completa não voluntária a afastar a imputabilidade –, agravaria a pena. Todavia, combinando essa previsão com o parágrafo único do art. 70 do CPM, chega-se à conclusão de que, para o agente civil, apenas a embriaguez preordenada é circunstância agravante, enquanto para o agente militar (limitando-se ao militar da ativa por interpretação autêntica contextual trazida pelo art. 22 do CPM), mesmo a embriaguez não preordenada importa em agravação da pena.

A alínea *d* do inciso II do art. 70 do CPM impõe, da mesma forma, a agravação da pena-base quando o crime for praticado à *traição* (de forma desleal ao que presume amigo), de *emboscada* (cilada, tocaia), com *surpresa* (de forma inesperada), ou *mediante outro recurso insidioso* (que denota estratagema, perfídia) que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima. Aqui, aplica-se a interpretação analógica (não a analogia), para possibilitar o enquadramento de outras situações que representem recurso que impossibilite a reação da vítima.

Ademais, a pena será agravada quando o crime for praticado *com o emprego de veneno, asfixia, tortura, fogo, explosivo, ou qualquer outro meio dissimulado* (que oculta o verdadeiro propósito) *ou cruel* (que cause sofrimento exagerado e desnecessário)*, ou de que podia resultar perigo comum* (alínea *e* do inciso II do art. 70 do CPM). Também aqui se deve utilizar da interpretação analógica, pela indicação do legislador. Curioso notar que no Código Penal comum a dissimulação está equiparada a meio que surpreenda a vítima, enquanto a insídia está ligada aos meios cruéis ou de perigo comum. No CPM, como percebemos na agravante anterior e nesta, houve a inversão dessas equiparações.

O crime praticado *contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge* também terá a pena agravada (alínea *f* do inciso II do art. 70 do CPM). Deve-se

entender a ascendência e descendência tanto fruto de casamento como de relação fora do casamento, bem como a ascendência e descendência natural como a resultante de vínculo civil, no caso de adoção, em qualquer grau.

O *abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo* (por nós já definido acima, quando tratamos das penas principais), *ofício* (geralmente “relacionado com arte manual ou mecânica. Exemplo: sapateiro ou ourives”**[813]**), *ministério* (“...encargo subordinado a uma ocupação religiosa ou social. Exemplos: sacerdote, freira ou irmã de caridade”**[814]**) *ou profissão* (“...atividade exercida independente com o fim de lucro. Exemplos: médicos, advogados”**[815]**) aparecem como outra circunstância agravante (alínea *g* do inciso II do art. 70 do CPM). O abuso de poder atingirá o servidor público no desempenho de função, claro, desde que não se configure o crime de abuso de autoridade. Já a violação de dever atinge algumas pessoas em certas categorias profissionais que têm maior restrição em razão da profissão ou ofício, como o médico, por exemplo.

O crime praticado *contra criança, velho ou enfermo* terá a pena, igualmente, agravada (alínea *h* do inciso II do art. 70 do CPM). Hoje, no Código Penal comum, após o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), há parâmetro de idade para essa agravante, ou seja, não se fala mais em velho, mas em maior de 60 anos, o que pode, muito bem, servir de interpretação para a expressão “velho” no CPM. Criança possui definição legal, trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 2º da Lei n. 8.069/90), sendo considerado criança o indivíduo com 12 anos incompletos.

Caso o crime seja praticado no momento em que o ofendido está *sob a imediata proteção de autoridade*, constitui-se em outra circunstância agravante (alínea *i* do inciso II do art. 70 do CPM). Aquele que pratica um crime contra alguém protegido ou sob autoridade está ignorando essas condições, afrontando o poder do Estado, que lhe conferirá uma reprovação maior.

O crime praticado em certas situações em que a vítima possa estar fragilizada, ou mesmo em situações em que o próprio aparelho estatal se mostra deficitário em promover o bem comum, merece reprovação acentuada. Por

essa razão, a prática de delito em *ocasião de incêndio, naufrágio, encalhe, alagamento, inundação*, ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido, configura-se em circunstância agravante (alínea *j* do inciso II do art. 70 do CPM).

A prática do delito *em serviço* configura outra circunstância agravante (alínea *l* do inciso II do art. 70 do CPM). O CPM não esclarece quem deve encontrar-se em serviço, se o sujeito ativo ou o passivo. No entanto, nos termos do parágrafo único do art. 70 do CPM, esta agravante somente se aplica quando o sujeito ativo for militar, o que possibilita, ainda que não muito clara a regra, a interpretação de que esta circunstância deve ser limitada aos casos em que o agente está de serviço, e não o sujeito passivo. Discute-se se a expressão "em serviço" se confunde com "atuação em razão da função", ou seja, investiga-se se em delitos cuja descrição típica já exige a atuação em função, como o peculato e a prevaricação, poderia haver a incidência da agravante em análise sem lesão ao princípio *ne bis in idem*. Embora tenhamos ressalvas em alguns casos – por exemplo, no peculato apropriação em que o bem móvel somente está na posse ou detenção do agente pelo exercício do cargo –, já se entendeu ser possível a incidência desta agravante. Nesse sentido, *vide* no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo a Apelação Criminal n. 5.587/06 (Feito n. 44.824/06, 4ª Auditoria), julgada em 30 de março de 2010, sob relatoria do Juiz Paulo A. Casseb:

"Incide em peculato-furto tentado o policial militar que, no exercício de função que lhe conferia acesso à bomba de gasolina da unidade, tenta subtrair combustível pertencente à Polícia Militar para abastecer veículo particular, mas é flagrado por superior hierárquico. Constitui agravante de aplicação obrigatória a circunstância de o policial militar cometer o crime quando de serviço".

Outra circunstância agravante que se aplica somente ao agente militar, também por força do parágrafo único do art. 70 do CPM, é a prática do delito *com emprego de arma, material ou instrumento de serviço, para esse fim procurado* (alínea *m* do inciso II do art. 70 do CPM). Qualquer objeto utilizado para potencializar a capacidade de o agente praticar o fato, desde que deliberadamente buscado para cometer o delito, pode majorar a pena do agente.

Entretanto, tal objeto, para atender ao escopo da norma penal militar, deve estar sob a Administração Militar, não se configurando a agravante, por exemplo, com o emprego de um objeto do próprio agente. O que se quer reprimir com maior ênfase é a atitude aviltadora do militar que utiliza um objeto da Instituição Militar para a prática de um delito, mesmo porque, do contrário, essa agravante atingiria inúmeras situações, fugindo à natureza própria das circunstâncias agravantes.

Quando o crime for praticado em *auditório da Justiça Militar ou local onde tenha sede a sua administração* (alínea *n* do inciso II do art. 70 do CPM) a pena será também agravada. *Auditório da Justiça Militar* deve ser compreendido como o local onde se procedem às sessões do processo penal militar. Também é circunstância agravante a prática de crime militar no local onde o Poder Judiciário Militar mantém sua *sede*, seu prédio principal, não necessariamente sendo local de sessões de julgamento. Esta agravante, por força do parágrafo único do art. 70 do CPM, somente se aplica quando o sujeito ativo for militar.

Por fim, o crime praticado em *país estrangeiro* também terá a pena agravada (alínea *o* do inciso II do art. 70 do CPM). A compreensão de *país estrangeiro* deve ser por oposição à compreensão de território nacional – entendendo-se como território nacional inclusive aqueles assim definidos por extensão legal – e com a exclusão de territórios internacionais, ou seja, não conferidos a um Estado Nacional específico. Não basta, para a exata aplicação do dispositivo, portanto, que o fato ocorra em território não brasileiro, exige-se que o espaço onde o delito é praticado pertença a determinado país estrangeiro. Esta agravante, por força do parágrafo único do art. 70 do CPM, somente se aplica quando o sujeito ativo for militar.

Também aqui vale a advertência de que quando a circunstância agravante compuser ou qualificar o delito, ou mesmo quando se configurar em causa de aumento de pena, deverá ser afastada sua relevância no cálculo da pena. *In exemplis*, a prática de um homicídio por motivo fútil influencia na dosimetria da pena como qualificadora expressa no inciso I do § 2º do art. 205 do CPM, não podendo, portanto, vingar a circunstância agravante da alínea *a* do inciso II do art. 70 do mesmo diploma legal.

Além das previstas no art. 70 do Código Penal Castrense, deve-se ter como circunstâncias agravantes na segunda fase da aplicação da pena privativa de liberdade as agravantes específicas para o concurso de pessoas, previstas no § 2º do art. 53 do mesmo Código.

Terá a pena agravada o codelinquente que *promover ou organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais agentes* (inciso I do § 2º do art. 53 do CPM), não se confundindo com a figura do *cabeça*, presente em alguns crimes plurissubjetivos. Com efeito, esta agravante importa na maior reprovação daquele que arquiteta o plano criminoso ou então que dá o ritmo da sequência criminosa, tal qual o maestro em uma orquestra. No entanto, embora se assemelhe ao disposto no § 4º do art. 53 do CPM, esta agravante deverá ficar reservada aos casos em que inexista a figura do *cabeça* citado pelo referido dispositivo. Assim, v. g., no crime de motim (art. 149 do CPM), de concurso necessário, em que o preceito secundário já garante maior reprovação ao *cabeça* do movimento, não poderá haver a incidência desta agravante.

Aquele que, em concurso de pessoas, *coage outrem à execução material do crime* também terá a pena agravada (inciso II do § 2º do art. 53 do CPM). Parece-nos adequado sustentar que a agravação ocorrerá tanto na coação física (*vis absoluta*) como na moral (*vis compulsiva*), porquanto, neste ponto, o que interessa à norma não é a conduta do coato, e sim do coator, que entrará na linha de responsabilização do delito nas duas situações. Por outro lado, entendemos que esta agravante deve somente vingar quando houver uma coação resistível, porquanto a coação física irresistível importará, na nossa visão e sem a fidelidade sistêmica ao CPM, em ausência de conduta do coato, afastando o concurso de pessoas, pressuposto para o reconhecimento desta agravante. Da mesma forma, a coação moral irresistível implicará a não condenação do coato, mas, ainda assim, possibilitará a incidência desta agravante, em função da influência da teoria da acessoriedade limitada da participação.

Como bem ensina Bitencourt, a participação é uma atividade secundária, acessória, mas existem três teorias a explicar o grau dessa acessoriedade. A *teoria da acessoriedade extrema* sustenta que o partícipe

somente pode ser punido se o autor principal houver praticado um fato típico, antijurídico e culpável. A *teoria da acessoriedade mínima* sustenta que para a responsabilização do partícipe, apenas é necessário que o autor do fato principal tenha praticado fato típico, prescindindo-se da antijuridicidade e da culpabilidade. Finalmente, a *teoria da acessoriedade limitada* "exige que a conduta principal seja *típica* e *antijurídica*. Isso quer dizer que a participação é acessória da ação principal, de um lado, mas que também depende desta até certo ponto. Não é necessário que o autor seja culpável. É suficiente que sua ação seja antijuridica, isto é, contrária ao direito, sem necessidade de ser culpável. O fato é comum, mas a culpabilidade é individual. (...)"**[816]**. Indo além, Rogério Greco ainda nos traz a teoria da hiperacessoriedade da participação, que defende ser punível o partícipe somente quando o autor do fato principal tiver praticado fato típico, antijurídico, culpável e punível**[817]**.

Analisando os diversos dispositivos do Código Penal Militar, assim como do Código Penal comum, parece-nos evidente ter havido a influência da *teoria da acessoriedade limitada* na descrição dos tipos penais (ex.: art. 254 do CPM – crime de *receptação*), em qualificadoras (ex.: § 1º do art. 178 do CPM – forma qualificada do crime de *fuga de preso ou internado*), em causas especiais de aumento de pena (ex.: § 1º do art. 222 do CPM – causa especial de aumento de pena do crime de *constrangimento ilegal*) e aqui nas agravantes específicas do concurso de pessoas. Assim, na prática de delito por um agente imputável, com a participação de outros dois inimputáveis, há que se reconhecer a incidência das agravantes do § 2º do art. 53 do CPM.

Nesse sentido, versando sobre dispositivo correlato na legislação penal comum, posiciona-se César Dario Mariano:

"Não há necessidade de que a coação seja irresistível; basta que ela leve o terceiro a executar materialmente o delito. Assim, sendo a coação moral ou física, resistível ou irresistível, o coator terá a pena agravada"**[818]**.

Também nessa esteira, Guilherme Nucci, ainda comentando o dispositivo do CP, aduz:

"Houve equívoco na redação da rubrica do art. 62, denominando-se

‘agravantes no caso de *concurso de pessoas*’ (grifamos), o que dá a entender ser hipótese aplicável somente no tocante aos delitos cometidos com o intercurso de mais de uma pessoa, nos termos do art. 29 do Código Penal. Mas assim não ocorre, já que se pode considerar presente a agravante no caso da autoria mediata por coação moral irresistível, por exemplo, não constituindo caso configurador de autêntico ‘concurso de pessoas’. Melhor, portanto, entender que o título do art. 62 diz respeito às agravantes aplicáveis aos crimes cometidos por mais de uma pessoa, não necessariamente coautores ou partícipes”**[819]**.

Por fim, ao comentar a agravante do inciso II do art. 62 do CP, Rogério Greco também acolhe essa visão:

“A coação mencionada pelo inciso II do art. 62 do Código Penal pode ser resistível ou irresistível. Na coação dita irresistível, somente o coator responderá pelo crime praticado pelo coagido, nos termos do art. 22 do Código Penal, que diz que se o fato é cometido sob coação irressitível, somente é punível o autor da coação. Assim, sobre a pena aplicada ao coator, relativa ao injusto penal levado a efeito pelo coagido, ainda se fará incidir a agravante em estudo”**[820]**.

Dando maior coerência ao sistema, deve-se lembrar que a coação resistível é causa genérica de diminuição de pena, prevista no art. 41 do CPM, o que favorecerá o coato.

Podemos resumir, então, a duas situações distintas:

1) Havendo coação (física ou moral) irresistível, o terceiro coato será isento de pena, no caso de coação moral (alínea *a* do art. 38 do CPM), ou reconhecida sua ausência de conduta – frise-se que aqui abandonamos a fidelidade sistêmica do CPM, como vimos propondo nesta obra –, havendo a responsabilização do coator com a incidência da agravante do inciso II do § 2º do art. 53 do CPM, mesmo sem haver tecnicamente o concurso de pessoas, por influência da *teoria da acessoriedade limitada*.

2) Havendo coação (física ou moral) resistível, configura-se o concurso de pessoas em que coator e coato responderão pelo delito, contudo, este terá menor reprovação diante do disposto no art. 41 do CPM, enquanto aquele

terá a pena agravada em face do disposto no inciso II do § 2º do art. 53 do CPM.

Quem, em concurso de pessoas, *instiga ou determina que alguém sob sua autoridade cometa o crime, ou então ter a mesma conduta em relação a alguém não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal* também verá sua pena agravada (inciso III do § 2º do art. 53 do CPM). *Instigar* significa reforçar uma ideia já existente. *Determinar* é ordenar, emitir a ordem. Exige-se, no entanto, que a pessoa instigada esteja sob a autoridade do instigador, a exemplo do Comandante de subunidade que instiga seu comandado à prática do delito. Vale aqui a mesma reflexão acima em relação à coação, inclusive sob o prisma da *teoria da acessoriedade limitada*, dependendo de ser a ordem manifestamente legal ou não. Assim, podemos vislumbrar três situações:

1) Havendo uma ordem legal, o subordinado que a cumpriu será isento de pena pela obediência hierárquica (alínea *b* do art. 38 do CPM), respondendo apenas o superior emitente da ordem (§ 1º do art. 38 do CPM), com a agravante do inciso III do § 2º do art. 53 do CPM, mesmo sem haver tecnicamente o concurso de pessoas, por influência da *teoria da acessoriedade limitada*.

2) Havendo uma ordem ilegal, mas não claramente, flagrantemente, o subordinado que a cumpriu responderá pelo delito, porém será incidente a causa de diminuição de pena do art. 41 do CPM. O autor da ordem responderá em concurso com o subordinado, e terá sua pena agravada, conforme o inciso III do § 2º do art. 53 do CPM.

3) Havendo uma ordem manifestamente ilegal, o subordinado que a cumpriu responderá pelo delito, sem a incidência da causa de diminuição de pena do art. 41 do CPM. O autor da ordem responderá em concurso com o subordinado, e também terá sua pena agravada, conforme o inciso III do § 2º do art. 53 do CPM.

Instigar ou *determinar* alguém não punível em virtude de qualidade pessoal, a exemplo da menoridade penal, também agravará a pena. Mais uma

vez chegamos ao problema da necessidade do prévio reconhecimento do concurso para a incidência desta circunstância. Vemos diminutas possibilidades para a aplicação desta agravante, por exemplo, o caso de alguém, mancomunado com várias pessoas imputáveis, determinar a um inimputável que pratique uma conduta criminosa. Nesta situação, note-se, haveria o concurso de pessoas, e aquele que determinou ao adolescente, por exemplo, que participasse de algum ato do delito teria a pena agravada.

Por fim, no concurso de pessoas, terá a pena agravada aquele que *executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa* (inciso IV do § 2º do art. 53 do CPM).

Também aqui vale lembrar que as circunstâncias agravantes para o concurso de pessoas, quando compuserem o delito, qualificarem-no etc., não poderão ser reconhecidas, prevalecendo a qualificadora, a causa de aumento de pena etc. Como exemplo, em um homicídio em concurso de pessoas em que o agente tenha participado impulsionado por um pagamento, a agravante do inciso IV do § 2º do art. 53 do CPM será afastada em favor da qualificadora do inciso II do § 2º do art. 205 do CPM.

2.2.2. Circunstâncias atenuantes

Ao lado das circunstâncias agravantes, estão também a influenciar na dosimetria as circunstâncias atenuantes, dispostas no CPM no art. 72, que passaremos a estudar a partir de agora.

O primeiro caso de circunstância atenuante é o de *ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos* (art. 72, I, do CPM). Embora o CPM não esclareça o momento de aferição da idade do agente, torna-se adequado fazer uma interpretação favorável ao acusado, levando à aplicação do trazido pelo dispositivo semelhante do CP (inciso I do art. 65), entendendo que a aferição para o menor de 21 anos deve ser feita no momento da prática do delito (utilizando-se a regra da teoria da atividade do art. 5º do CPM), enquanto para a aferição da idade superior a 70 anos deve ser utilizada a data da sentença. Interessante consignar que o Código Civil, ao antecipar a capacidade para 18 anos, não

interferiu na atenuação da pena para menores de 21 anos no Código Penal.

Terá a pena atenuada o agente que tiver demonstrado seu *anterior comportamento meritório* (art. 72, II, do CPM). Para Jorge César de Assis**[821]**, comportamento meritório deve ser interpretado extensivamente, alcançando todo o comportamento do agente em sua família, em grupos sociais etc. Obviamente, se esta circunstância já incidiu no cálculo da pena-base, na avaliação dos antecedentes, não deverá incidir nesta fase da aplicação da pena.

A pena conhecerá atenuação também quando o agente *comete o crime por motivo de relevante valor social ou moral* (art. 72, III, *a*, do CPM). Relevante valor social está ligado a sentimentos que ganham a anuência do corpo social no qual está inserido o agente, porém ligados à convivência com o grupo, tais quais sentimentos ligados à pátria, à cidadania, à comunidade etc. Relevante valor moral, embora também aceito pelo grupo, refere-se à esfera íntima do agente, sendo exemplos os sentimentos ligados à honra, à liberdade individual, à honestidade.

Quem comete o delito mas procura, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após a prática, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou, antes do julgamento, repara o dano, será também beneficiado por uma circunstância atenuante (art. 72, III, *b*, do CPM). Trata-se de hipótese de um arrependimento que não se tornou eficaz (arrependimento posterior). Como já dissemos, o arrependimento posterior no CPM não possui um dispositivo específico na Parte Geral, a exemplo do que faz o CP comum, em seu art. 16, mas, inequivocamente, é possível sua avaliação, seja nas circunstâncias judiciais, na primeira fase da aplicação da pena, definindo-se a pena-base, seja, alternativamente, na segunda fase, pela incidência das circunstâncias atenuantes. No Código Penal Castrense também há disposição especial acerca do arrependimento posterior, como ocorre no peculato culposo (art. 303, § 4º, do CPM), em que o arrependimento posterior, caracterizado pela reparação do dano, pode funcionar como causa de extinção da punibilidade, se preceder a sentença irrecorrível, ou causa especial de diminuição da pena pela metade, se posterior a ela. Caso o arrependimento seja eficaz, impedindo o resultado, haverá a responsabilização do autor apenas pelos atos já praticados.

Outra circunstância atenuante ocorre quando o crime é praticado *sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima* (art. 72, III, *c*, do CPM). Interessante consignar a visão de César Dario Mariano, segundo a qual esta atenuante não se confunde com o privilégio presente, por exemplo, no crime de homicídio, em que se exige o *domínio* de violenta emoção, sendo aqui suficiente a *influência* de violenta emoção**[822]**. Seja como for, como vimos no estudo da culpabilidade, a violenta emoção não afasta a imputabilidade, mas, por este dispositivo, atenua a pena, nos termos da alínea em estudo. Como exemplo, tome-se um crime de dano praticado por um militar da ativa contra outro militar da ativa, em que se fique demonstrado que o sujeito passivo passou a humilhar o sujeito ativo, em público, exibindo seu vultoso patrimônio e comentando com todos os colegas de caserna que o sujeito ativo era um "falido", um "quebrado", que mal conseguia sustentar-se.

A pena conhecerá atenuação também quando o agente *confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem* (art. 72, III, *d*, do CPM). Conhecida como *confissão espontânea*, ou seja, sem necessidade de estímulo externo ao agente levando ao esclarecimento do delito que fora imputado a outra pessoa ou que tenha sua autoria ignorada, não bastando a confissão em um crime praticamente esclarecido. Ao referir-se à autoridade perante a qual se confessa, esta expressão deve conhecer abrangência, abarcando a autoridade policial (comum ou militar) ou judiciária.

Por fim, *ter o agente sofrido tratamento com rigor não permitido em lei* constitui também circunstância atenuante (art. 72, III, *e*, do CPM). Esse rigor, obviamente, pode configurar crime por parte daquele que impõe o tratamento rigoroso ilegal, devendo-se ter a cautela de verificar se a atitude em repulsa a esse tratamento não consiste em excludente de antijuridicidade, como a legítima defesa, ou mesmo circunstância que afaste a tipicidade – preferimos entender, apesar da previsão expressa da lei penal militar, que se afasta o dolo – como o caso do disposto no inciso II do art. 47 do CPM**[823]**. Assim, evidentemente que se a conduta daquele que sofreu o tratamento ilegal for ao mesmo tempo de submissão a esse tratamento, como haverá repulsa a injusta e *atual* agressão, estará, desde que proporcional, configurada a hipótese de legítima defesa (art. 44 do CPM), afastando-se a antijuridicidade. Agora, não havendo a

proporcionalidade ou mesmo a coincidência temporal entre tratamento o rigoroso e a reação a ele, é possível a incidência desta circunstância atenuante.

No Código Penal comum, art. 66, ocorre a chamada *atenuante inominada*, que transforma o rol do art. 65 em um rol exemplificativo de circunstâncias atenuantes: "A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei". Não há dispositivo correlato na lei penal militar, o que recomenda que o juiz fique adstrito às circunstâncias atenuantes expressas no art. 72 do CPM.

Outra diferença existente no CPM está no parágrafo único do art. 72, que dispõe que nos "crimes em que a pena máxima cominada é de morte, ao juiz é facultado atender, ou não, às circunstâncias atenuantes enumeradas no artigo".

Sempre é bom lembrar que o reconhecimento específico de uma atenuante afasta, em tese, a ponderação do mesmo critério para a pena-base, como circunstância judicial, assim como o reconhecimento de um privilégio ou de uma causa especial de aumento de pena deve afastar a incidência da atenuante. Vale a pena, neste ponto, repetir o ensinamento de César Dario Mariano da Silva, segundo o qual se "a circunstância judicial já for autonomamente uma causa de aumento ou diminuição de pena, bem como agravante ou atenuante genérica, não poderá ser levada em consideração quando da fixação da pena-base. Será apreciada na segunda ou terceira fase da fixação da pena, dependendo de sua natureza jurídica"**[824]**.

Discorrendo um pouco acerca do cálculo da pena com a incidência das agravantes e das atenuantes, chamada de *pena alterada*, frise-se, em primeiro plano, que esse cálculo não pode resultar em uma pena fora do mínimo e do máximo legais cominados para o crime.

Essa visão já está sedimentada pela Súmula 231 do STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Obviamente, se pela Súmula a atenuante não pode lançar a pena

abaixo do mínimo legal, a agravante, aferida na mesma fase de fixação da pena, também não pode levar à extrapolação do limite máximo.

Nesse sentido, *vide*, ainda no Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial n. 650684/RS (2004/0065349-6), julgado em 20 de setembro de 2004, sob relatoria do Ministro Gilson Dipp:

"CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ATENUANTE DA MENORIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Não se admite a redução da pena-base abaixo do mínimo legal, ainda que a título provisório, em razão da incidência de atenuante relativa à menoridade do agente. Precedentes. Incidência da Súmula 231/STJ. Recurso especial provido, nos termos do voto do Relator".

Mas o Código Penal Militar ainda reserva dispositivos específicos para o cálculo das circunstâncias agravantes e atenuantes.

Um grande problema no Direito Penal comum está na definição do *quantum* de acréscimo ou decréscimo na pena por reconhecimento de uma agravante ou atenuante, já que o CP não traz dispositivo específico nesse sentido.

No CPM, no entanto, essa realidade é diferente, sendo muito mais fácil a operação. O art. 73 do Código Penal Militar dispõe que "quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime". Note-se que o dispositivo refere-se às circunstâncias legais, em que se inserem as agravantes e as atenuantes, definindo, portanto, uma proporção de acréscimo ou de decréscimo da pena-base.

Não há obrigatoriedade de existirem tantos acréscimos ou decréscimo quantas forem as circunstâncias detectadas. No art. 74 do CPM há a previsão de que "quando ocorre mais de uma agravante ou mais de uma atenuante, o juiz poderá limitar-se a uma só agravação ou a uma só atenuação".

Por fim, o art. 75 do CPM dispõe que "no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos

determinantes do crime, da personalidade do agente, e da reincidência. Se há equivalência entre umas e outras, é como se não tivessem ocorrido".

Aqui, sim, a lei determina uma preponderância na avaliação das circunstâncias agravantes – o que não ocorre com as circunstâncias judiciais –, levando a uma maior reprovação quando se referirem a motivos determinantes do crime (alíneas *a* e *b* do inciso II do art. 70 e inciso IV do § 2º do art. 53), da personalidade do agente (alíneas *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *i* e *j* do inciso II do art. 70), e da reincidência (inciso I do art. 70). Também é possível a aferição de uma atenuante em face da outra com os mesmos critérios sem a reincidência, ou seja, motivos determinantes do crime (alíneas *a*, *c* e *e* do inciso III do art. 70) e a personalidade do agente (inciso II do art. 72). Claro que a classificação de uma agravante ou de uma atenuante numa e noutra categoria cabe ao aplicador da lei penal militar, comportando enquadramento diverso do aqui proposto, desde que motivado.

Para sedimentar a compreensão, trabalhemos com o mesmo exemplo usado quando fixamos a pena-base: um militar do Estado que, já possuindo várias transgressões disciplinares de natureza grave em sua nota de corretivo, e uma condenação anterior por desrespeito a superior, tendo cumprido a pena há menos de cinco anos, em último ato, pratica o delito capitulado no art. 157 do Código Penal Militar ("violência contra superior") contra seu Comandante de Unidade, durante uma operação daquela organização policial militar para o combate ao tráfico de drogas em uma comunidade carente, sem resultar lesões corporais.

Como já consignado no exemplo, na primeira fase da fixação da pena, o juiz deverá concluir que estará trabalhando na forma qualificada do delito, porquanto a prática do crime contra o Comandante de Unidade do agente caracteriza-se em forma qualificada. Desse modo, por patamar de fixação da pena-base, o juiz teve o de reclusão de três a nove anos. Como o agente possui uma vida transgressional intensa, conclui o juiz que sua personalidade, indisciplinada, recomendava maior reprovação, bem como o fato de o delito ter sido praticado em um local de risco (comunidade em que havia o domínio do tráfico de drogas), sem a constatação de nenhuma circunstância judicial favorável. Fixou-se a pena base em **quatro anos e seis meses de reclusão**, ou

seja, cinquenta e quatro meses.

No exemplo citado, constatamos apenas a agravante da reincidência, já que não se constatou motivo determinante, embriaguez etc. Não há nenhuma circunstância atenuante, portanto, a pena sofrerá somente um acréscimo, que poderá variar, nos termos do art. 73 do CPM, entre um quinto e um terço. Como a reincidência foi constatada isoladamente, não há necessidade de exacerbar sua influência, de sorte que pode ser fixado o acréscimo mínimo previsto na norma, ou seja, acrescemos a pena-base em um terço (18 meses), que levará a uma pena, fixada em segunda fase, **de seis anos de reclusão** (72 meses).

2.3. Terceira fase da aplicação da pena: causas especiais de aumento e diminuição de pena

Como última fase da aplicação da pena privativa de liberdade temos o momento de aferição das causas de aumento e diminuição. São causas que acrescem ou diminuem a pena por disposições previstas na Parte Geral (*causas gerais de aumento ou diminuição de pena*), não como circunstâncias agravantes ou atenuantes, ou na Parte Especial (*causas especiais de aumento ou diminuição de pena*), atreladas ao tipo penal em espécie.

Na Parte Geral do Código Penal Militar costuma-se apontar apenas duas causas gerais de aumento de pena, a saber, aquela prevista no art. 20 – aumento de um terço em relação aos crimes praticados em tempo de guerra –, e a constante do art. 79 – que trata do concurso de crimes, quando em sua parte final adota a exasperação para a unificação de crimes cujas penas não sejam de mesma espécie.

No caso específico do concurso de crimes, que estudaremos mais adiante, não ocorre propriamente uma causa de aumento de pena, porquanto há a condenação com a fixação da pena final de um ou mais crimes, obedecendo-se às três fases, com simples soma ou acréscimo final da *quantum* à condenação. Voltaremos a esse assunto adiante, ao tratar especificamente do concurso de crimes.

Mais fartas, por outro foco, são as causas gerais de diminuição de pena.

Em primeiro lugar temos a possibilidade de diminuição da pena em função do crime tentado, já estudado acima, quando o juiz poderá diminuir a pena de um a dois terços (parágrafo único do art. 30 do CPM).

O erro de direito previsto no art. 35 do CPM – para os que entendem o dispositivo constitucional, ao contrário do que já propusemos em momento específico – constitui outra causa geral de diminuição de pena. Como no artigo específico não se define o *quantum* de atenuação, deve-se lançar mão do disposto no art. 73 do CPM, que define a dedução de um quinto a um terço. Natural questionar a parte final do art. 73, que determina a redução ou ampliação *guardados os limites da pena cominada ao crime*, disposição que nos parece inaplicável diante do princípio da culpabilidade, podendo a operação resultar em pena final fora dos limites impostos pelo preceito secundário do delito enfocado.

O art. 41 do CPM dispõe que "nos casos do art. 38, letras *a* e *b*, se era possível resistir à coação, ou se a ordem não era manifestamente ilegal; ou, no caso do art. 39, se era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado, o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena", configurando-se em mais uma causa geral de diminuição de pena em que se lança mão do art. 73 do CPM.

No excesso doloso, previsto no art. 46 do CPM, e na participação de somenos importância prevista no art. 53, § 3º, do CPM, permite-se também a redução da pena, socorrendo-se do art. 73 do mesmo *Codex*.

Outra causa de diminuição de pena está na semi-imputabilidade (parágrafo único do art. 48 do CPM), também já abordada, que prevê redução de pena sem indicar o *quantum*, lançando-se mão do art. 73 do CPM.

Também seria enquadrado como causa geral de diminuição de pena o caso trazido pelo *caput* do art. 50 do CPM, que permite redução para o crime praticado por maior de 16 anos e menor de 18, dispositivo que, quando tratamos da imputabilidade, sustentamos a sua inconstitucionalidade diante do art. 228 da Constituição Federal.

Por fim, aponte-se como causa geral de diminuição de pena a redução facultativa presente no crime continuado (art. 81, § 1º, do CPM), que abordaremos mais à frente.

A exemplo do Código Penal comum, o Código Penal Castrense possui causas especiais de aumento e diminuição de pena, as quais trabalharemos exemplificativamente.

As causas especiais de diminuição de pena constituem circunstâncias previstas nos tipos penais em espécie, em que a pena cominada ao tipo simples sofre um decréscimo fracionário definido pela própria norma específica ou, na omissão desta, definido no art. 73 do Código Penal Militar. Não se confunde com o privilégio, avaliado na fixação da pena-base, em que não há decréscimo fracionário e sim estabelecimento de patamares de pena mínima e máxima abaixo daqueles definidos para o tipo penal simples (ex.: § 1º do art. 308 do CPM). São exemplos de causas especiais de diminuição de pena o § 2º do art. 183, o inciso I do art. 189, o § 5º do art. 209, o § 1º do art. 240, tudo do CPM.

As causas especiais de aumento de pena, ao contrário, constituem circunstâncias previstas nos tipos penais em espécie, em que a pena cominada ao tipo simples sofre um acréscimo fracionário definido pela própria norma específica ou, na omissão desta, definido no art. 73 do Código Penal Militar. Não se confundem com a qualificadora, avaliada também na fixação da pena-base, em que não há acréscimo fracionário e sim estabelecimento de patamares de pena mínima e máxima acima daqueles definidos para o tipo penal simples (ex.: § 2º do art. 205 do CPM). São exemplos de causas especiais de aumento de pena o aumento fracionário previsto para os "cabeças" no preceito secundário do art. 140, os §§ 2º e 5º do art. 157, o parágrafo único do art. 160, o parágrafo único do art. 219, o parágrafo único do art. 309, todos do CPM.

No cálculo da *pena final* (pena alterada com a incidência das causas, gerais e especiais, de aumento ou diminuição de pena), no Direito Penal comum, sustenta-se que a operação pode até ultrapassar o limite mínimo e máximo da pena cominada abstratamente para o crime.

No Direito Penal Militar, no entanto, essa conclusão não é tão pacífica.

O art. 69 do CPM, em seu § 2º, comanda que, "salvo o disposto no art. 76, é fixada dentro dos limites legais a quantidade da pena aplicável". O art. 76, por sua vez, dispõe que "quando a lei prevê causas especiais de aumento ou diminuição da pena, não fica o juiz adstrito aos limites da pena cominada ao crime, senão apenas aos da espécie de pena aplicável (art. 58)".

Essa realidade poderia dar a entender que somente nas causas especiais de aumento ou diminuição de pena é que poderia o juiz ficar aquém ou ir além dos parâmetros mínimo e máximo da pena. Contudo, tal interpretação deve ser rechaçada, porquanto o art. 76, ao referir-se a limites da pena, reporta-se ao art. 58, ou seja, à limitação de pena mínima de reclusão de um ano e máxima de trinta anos, e pena mínima de detenção de trinta dias e máxima de dez anos.

Em outras palavras, o que o CPM faz é dizer ao aplicador da lei penal militar que, se porventura tiver de complementar um preceito secundário de um crime, em uma causa especial de aumento ou diminuição de pena, não haverá limitação para a fixação de pena mínima ou máxima aquém ou além do fixado no art. 58. Não proíbe, por outro lado, que a aplicação efetiva da pena final com a incidência das causas, gerais ou especiais, esteja fora dos limites mínimo e máximo do preceito secundário.

Nesse sentido, leciona Jorge César de Assis:

"Sobre a pena alterada, incidirão as denominadas majorantes ou minorantes. Inexistindo circunstâncias agravantes ou atenuantes, as causas de especial aumento ou diminuição de pena incidirão na pena-base. Nesta operação final, diversamente do que ocorre na apreciação das circunstâncias judiciais e das agravantes e atenuantes, a pena (...) pode ultrapassar o mínimo e o máximo cominado ao crime..."**[825]**.

Buscando facilitar a compreensão, utilizaremos, mais uma vez, o exemplo em que estamos trabalhando as fases da aplicação da pena: um militar do Estado que, já possuindo várias transgressões disciplinares de natureza grave em sua nota de corretivo e uma condenação anterior por desrespeito a superior, tendo cumprido a pena há menos de cinco anos, em último ato, pratica o delito capitulado no art. 157 do Código Penal Militar ("violência contra superior")

contra seu Comandante de Unidade, durante uma operação daquela organização policial militar para o combate ao tráfico de drogas em uma comunidade carente, sem resultar lesões corporais.

Fixamos a *pena-base* em **quatro anos e seis meses de reclusão**, e com a incidência das causas de aumento e diminuição de pena, chegamos a uma *pena alterada* de **seis anos de reclusão**. O crime do exemplo foi praticado durante uma operação, portanto, em serviço. Embora conste como circunstância agravante prevista na alínea *l* do inciso II do art. 70 do CPM, essa condição não foi valorada na segunda fase, porquanto constitui causa especial de aumento de pena, prevista no § 5º do art. 157, devendo ser prestigiada em homenagem à especialidade. Essa causa de aumento de pena determina o acréscimo da *pena alterada* em um sexto, portanto, deve-se acrescer um ano na condenação, chegando-se a uma *pena final* de **sete anos de reclusão**.

Deve-se lembrar que no caso de julgamento por Conselho de Justiça (especial ou permanente) cada juiz (togado ou militar) deverá fazer a operação trifásica de forma motivada, o que pode levar à fixação de penas diferentes. Para solucionar essa situação, o Código de Processo Penal, no parágrafo único do art. 435, estabelece que a pena corresponderá ao voto médio, ou seja, quando, "pela diversidade de votos, não se puder constituir maioria para a aplicação da pena, entender-se-á que o juiz que tiver votado por pena maior, ou mais grave, terá virtualmente votado por pena imediatamente menor ou menos grave". Assim, por exemplo, se o juiz togado tiver condenado o réu à pena final de cinco anos, e na sequência, os militares, a começar pelo mais moderno, condenarem respectivamente a quatro anos, três anos, dois anos e um ano, a condenação deverá ser aquela pena de *quantum* maior e maior número de votos, ou seja, três anos. O juiz, que condenou a cinco anos, condenou também a quatro e a três anos; o militar mais moderno, que condenou a quatro anos, condenou também a três anos; finalmente, o terceiro a votar, também militar, condenou a três anos; nessa situação, três dos cinco juízes condenaram o réu a três anos.

Curioso notar que, se o caso se referisse a sentenças absolutórias divergentes, o CPPM não traria expressa solução. Nessa omissão, não parece haver outro caminho senão aquele muito bem demonstrado por Ronaldo João

Roth, acolhendo-se a fundamentação mais favorável ao réu.

Nos termos consignados pelo citado autor:

"A diversidade de causas absolutórias no julgamento colegiado castrense sempre determinará – com a explicitação de todos os fundamentos legais divergentes do artigo 439 do CPPM na sentença –, o aproveitamento do fundamento legal que for mais favorável ao réu, seja em caso de empate ou não, para fins de repercussão da decisão judicial transitada em julgado no cível ou perante a Administração Pública Militar"**[826]**.

Deve-se lembrar que quando da condenação a pena privativa de liberdade de reclusão ou detenção, embora seja omisso o Código Penal Militar, entendemos que pela necessidade de aplicação de dispositivos do Direito Penal comum, o juiz (singular ou o Conselho de Justiça) deverá fixar o regime inicial de cumprimento da pena**[827]**. No nosso exemplo, em observância ao disposto na letra *b* do § 2º do art. 33 do CP, em razão de o réu não ser primário, fixaríamos como regime inicial, embora a pena seja superior a 4 anos, mas não excedente a 8, o regime fechado.

Na aplicação das penas não privativas de liberdade, principalmente quando demandam fixação de tempo, caso da suspensão do exercício do posto, pode-se adotar, na omissão do CPM, método semelhante para a fixação da pena final.

Por fim, deve-se atentar para o que dispõe do § 1º do art. 69 do CPM: "Se são cominadas penas alternativas, o juiz deve determinar qual delas é aplicável". Obviamente que o dispositivo em comento não se referiu a "penas alternativas" na acepção que lhe dá o Direito Penal comum, como toda pena diversa da privação de liberdade, o que poderia levar o intérprete a admitir a aplicação dos arts. 43 e seguintes do Código Penal comum, com as alterações trazidas pela Lei n. 9.714/98 ao Direito Penal Militar. Na verdade o que o dispositivo deseja representar é a situação em que o preceito secundário de um delito consigna duas penas possíveis de ser aplicadas (ex.: art. 204 do CPM), devendo o juiz indicar qual aquela cabível e aplicada efetivamente. Essa também a visão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como se verifica no

Habeas Corpus n. 91.709/CE, julgado em 16 de dezembro de 2008, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

"*EMENTA*: *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de *não se admitir a aplicação da Lei n. 9.714/98 para as condenações por crimes militares, sendo esta de aplicação exclusiva ao Direito Penal Comum*. Precedentes. 2. A conversão da pena privativa de liberdade aplicada pela Justiça Militar por duas restritivas de direito poderá ocorrer, pelo menos em tese, desde que o Paciente tenha de cumprir pena em estabelecimento prisional comum e a pena imposta não seja superior a dois anos, nos termos previstos no art. 180 da Lei de Execução Penal, por força do que dispõe o art. 2º, parágrafo único, daquele mesmo diploma legal. 3. Na espécie, contudo, a pena fixada ao Paciente foi de dois anos, nove meses e dezoito dias de reclusão. Não há, portanto, como ser reconhecido a ele o direito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. *Habeas corpus* denegado". (g. n.)

A mesma visão podemos encontrar no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, como na decisão proferida nos Embargos Infringentes n. 182, em 18 de fevereiro de 2009, sob a relatoria do Juiz Fernando Galvão da Rocha:

"Impossível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito no âmbito da Justiça Castrense, segundo entendimento reiterado dos Tribunais Superiores. A Lei n. 9.174/98, que regulou a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos, promoveu alterações apenas no Código Penal Comum. O artigo 55 do Código Repressivo Castrense enumera os tipos de penas principais a que estão sujeitos os condenados no mesmo diploma legal, não havendo lacunas suscetíveis a aplicação subsidiária da legislação penal comum para o assunto.V.v. (Ementa): É certo que não há previsão na legislação penal militar de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ou multa. No entanto, o art. 12 do Código Penal comum determina a aplicação dos dispositivos de sua parte geral aos fatos incriminados em leis especiais, salvo expressa disposição em contrário. As

decisões da Justiça Militar devem ser conciliadas com as opções de política criminal que se prestam a atender aos anseios da coletividade. É inconcebível que a operação da Justiça Militar se mostre desarticulada das demais opções de política criminal do Estado brasileiro. A substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ou multa não pode ser entendida como direito subjetivo de todo e qualquer condenado, mas sim como medida que se mostra adequada conforme as peculiaridades do caso concreto. Recurso provido para substituir a pena imposta na condenação".

Esse o entendimento também versado em outras decisões, como no caso daquela proferida nos Embargos Infringentes n. 184, em 15 de abril de 2009, sob a relatoria do Juiz Cel. PM Sócrates Edgard dos Anjos.

Em derradeira observação, vale lembrar com Ronaldo Roth**[828]**, que, uma vez definida a pena final, deverá haver a avaliação do Juiz sobre a concessão ou não de *sursis*.

3. DAS PENAS ACESSÓRIAS

Nos dizeres de Jorge Romeiro, penas acessórias "são penas complementares e ligadas à natureza do crime. Formas de repressão mediata, dependentes de outras"**[829]**.

Como se vê, tais penas, trazidas pelos arts. 98 e seguintes do Código Penal Militar, não surtem efeitos por si sós, porquanto dependem da aplicação de uma sanção principal: a pena principal.

À guisa de comparação, o Código Penal comum já não fala em pena acessória, mas em efeitos da condenação, sendo o assunto em questão peculiaridade do Direito Penal Militar.

Embora entendamos que a nova ordem constitucional tenha reduzido muito o âmbito de aplicação das penas acessórias, vejamos essas penas em espécie.

3.1. Espécies de penas acessórias

3.1.1. Perda do posto e da patente, indignidade para o oficialato e incompatibilidade com o oficialato

Na Constituição Federal de 1967, o § 2º do art. 94 dispunha que o oficial das Forças Armadas somente perderia o posto e a patente "por sentença condenatória, passada em julgado, restritiva da liberdade individual por mais de dois anos", ou "nos casos previstos em lei, se declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, por decisão do *Tribunal militar* de caráter permanente, em tempo de paz, ou do Tribunal especial, em tempo de guerra". (g. n.)

Dessa regra podia ser extraído que a perda do posto e da patente somente poderia ocorrer em duas situações distintas. Primeiro por condenação a pena restritiva (privativa) de liberdade, por sentença irrecorrível, hipótese que, inclusive, não guardava prerrogativa de foro para tribunal militar, podendo ser decretada pela primeira instância, somente sendo efetivada com o trânsito em julgado da sentença. Em segundo momento, a perda de posto e de patente poderia ser alcançada pela indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato, aqui sim com competência originária para um tribunal militar.

Não havia na Constituição Federal de 1967 regra similar para os oficias das Forças Auxiliares.

Ocorre que em 17 de outubro de 1969, como historicamente sabemos, surgiu no cenário jurídico a Emenda Constitucional n. 1, que no entendimento de alguns não se tratou de uma simples Emenda à Constituição, e sim de uma nova Carta Constitucional, porquanto alterou sensivelmente toda a estrutura do ordenamento anterior.

A "Constituição Federal de 1969", também sem regra específica para os oficiais das Forças Auxiliares, ao tratar do assunto dispôs no art. 93:

"§ 2º O oficial das Forças Armadas só perderá o posto e a patente se for declarado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de *tribunal militar* de caráter permanente, em tempo de paz, ou de *tribunal especial*, em tempo de guerra.

§ 3º O militar condenado por tribunal civil ou militar a pena restritiva da liberdade individual superior a dois anos, por sentença condenatória passada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no parágrafo anterior". (g. n.)

Claramente se percebe uma relevante alteração na disciplina do assunto, elegendo-se como única via para a perda de posto e de patente a apreciação de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato decidida por tribunal militar. Mesmo no caso de condenação superior a dois anos, a questão era revestida de cunho ético, levando à apreciação da indignidade ou da incompatibilidade, ou seja, a perda de posto e patente por condenação superior a dois anos foi unificada à declaração de indignidade/incompatibilidade, e mais, foi alçada a uma questão a ser decidida originariamente pela segunda instância.

Foi nesse contexto, da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969 ("Constituição Federal de 1969") que surgiu o atual Código Penal Militar, datado de 21 de outubro de 1969.

Ao tratar da perda do posto e da patente como pena acessória, o atual CPM dispõe no art. 99 que a "perda de posto e patente resulta da condenação a pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos, e importa a perda das condecorações". Mais ainda, no art. 107, dispõe que, "salvo os casos dos arts. 99, 103, n. II, e 106, a imposição da pena acessória deve constar expressamente da sentença", o que nos leva à conclusão de que, na pretensão do Código Penal Castrense, a perda do posto e da patente configurava-se em uma pena acessória inerente a uma condenação superior a dois anos de privação de liberdade, que deveria ser aplicada pela Administração Militar, independentemente de disposição na sentença condenatória, em flagrante contrariedade ao disposto nos §§ 2º e 3º do art. 93 da "Constituição Federal de 1969".

Em resumo, desde o nascimento do CPM, a perda de posto e de patente era inconstitucional, situação que continuou na Constituição de 1988.

Na Constituição Cidadã a inconstitucionalidade confirmou-se por previsão expressa trazida pelo art. 142, § 3º, VI e VII (agora também aplicável às Forças Auxiliares, por força do art. 42, § 1º, da CF), que condiciona a perda

do posto à declaração de incompatibilidade ou indignidade para com o oficialato (mantendo a visão de não autonomia da perda de posto e de patente pela condenação superior a 2 anos, que deve passar pelo julgamento ético de indignidade/incompatibilidade), declaração essa que foge à alçada da primeira instância, ou seja, não pode ser levada a efeito na cominação da pena pelo Conselho Especial (ou juízo monocrático, se for o caso), mas requer especial processo junto ao Tribunal de Justiça ou Tribunal de Justiça Militar, nos Estados que o possuem, para os oficiais das Forças Auxiliares. No caso das Forças Armadas, a competência originária é do Superior Tribunal Militar.

Essa realidade, em nossa visão, fere de morte o dispositivo que trata da pena acessória de perda de posto e de patente no Código Penal Militar, não mais sendo possível sua utilização.

Todavia, essa inconstitucionalidade evidente do art. 99 do CPM não impede a aplicação do dispositivo constitucional que trata da perda de posto e de patente em razão de condenação superior a dois anos de privação de liberdade, desde que o enxerguemos como dispositivo constitucional, desvencilhado da pena acessória (tida por inconstitucional), que tem natureza jurídica de efeito da condenação de mote constitucional, tal como ocorre, no Direito Penal comum, com a suspensão de direitos políticos prevista no inciso III do art. 15 da Constituição Federal e sem previsão expressa no Código Penal comum.

Dessa forma, em primeira instância, ou mesmo em sede de tribunal por ocasião de uma confirmação de condenação oriunda do primeiro grau ou em competência originária, a condenação pelo crime (comum ou militar, como dispõe o inciso VII do § 3º do art. 142 da CF) a pena privativa de liberdade superior a dois anos deve ser decidida sem preocupação quanto à pena acessória. Confirmada a condenação, perante o tribunal competente, será inaugurada, por representação do representante do Ministério Público, uma nova questão, não mais de ordem penal militar, mas de ordem ética, materializada pelo julgamento acerca da indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato.

Assim, podemos sacramentar, em poucas e resumidas palavras, que não mais existe (aliás, nunca existiu no plano constitucional) a pena acessória de perda do posto e da patente, e sim um julgamento ético para aferir a

indignidade/incompatibilidade para com o oficialato, que tem natureza jurídica de efeito da condenação, julgamento esse que, mesmo havendo condenação superior a dois anos, poderá ser favorável ao oficial sem resultar na perda do posto ou da patente. O efeito da condenação não é a perda do posto e da patente, e sim a submissão ao julgamento ético, que pode reconhecer a indignidade/incompatibilidade do oficial para manter-se no oficialato, ocasião em que perderá o posto e a patente, ou, ao contrário, entender, eticamente e arrimado em vários critérios, e não só na condenação superior a dois anos (vida pregressa, conduta profissional etc.), que, apesar da condenação, o oficial mereça manter seu posto e patente.

Nesse sentido, parece caminhar a visão do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais que, no Processo de Perda de Posto e Patente n. 6, julgado em 21 de junho de 1999, sob relatoria do Juiz José Joaquim Benfica, decidiu:

"Decorre de preceito constitucional que a perda da função pública do militar, da patente e do posto de oficial ou da graduação de praça, *não se segue à condenação – como o acessório segue o principal – mas dela pode ser deduzida, devendo ser decidida e declarada pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal de Justiça Militar*. Origina-se a Representação ministerial de condenação à pena restritiva de liberdade *superior a dois anos*, não a impedindo possível recurso para os Tribunais Nacionais. A Representação dá início a processo especial de competência originária, em que se abre a oportunidade de o militar demonstrar que tem condições, apesar de criminoso, apesar de réu, de continuar servindo à sociedade no serviço público, de permanecer na Polícia Militar. Na concepção da ampla defesa do militar, sujeito a perder o posto e a patente ou a graduação, é d e *admitirem-se declarações, atestados e pronunciamentos de pessoas conhecedoras da vida do militar, de seu passado e do seu presente, de sua personalidade, de seu modo de atuar na sociedade civil e na profissão. Não adstrito o juiz a juízos de valor, podem esses contribuir para a formação de convencimento judicial*. 5. Baseando-se no processo criminal que deu causa à Representação, a decisão tem, ainda, como fundamento, o exame de conveniência e de oportunidade. Não se leva em conta apenas o crime, a culpa, a pena, mas uma série de aspectos a auxiliarem o juiz a formar seu convencimento propício à emissão de um juízo que não afronte a sociedade civil,

que não afronte a Polícia Militar.

No caso supracitado, por decisão unânime, o Tribunal de Justiça Militar Mineiro negou provimento à representação formulada pelo representante do Ministério Público".

Pior ainda as disposições do CPM afetas às penas acessórias de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato.

O art. 100 do CPM dispõe que "Fica sujeito à declaração de indignidade para o oficialato o militar condenado, qualquer que seja a pena, nos crimes de traição, espionagem ou cobardia, ou em qualquer dos definidos nos arts. 161, 235, 240, 242, 243, 244, 245, 251, 252, 303, 304, 311 e 312". Por sua vez, o art. 101 comanda que "Fica sujeito à declaração de incompatibilidade com o oficialato o militar condenado nos crimes dos arts. 141 e 142".

Ambas as penas acessórias, por previsão do art. 107, deveriam vir expressas na sentença, o que importa concluir que o CPM deseja que essas sanções penais militares sejam reconhecidas pela primeira instância, salvo nos processos de competência originária dos tribunais militares – TJM ou STM (ou tribunais de justiça nos Estados onde não existe TJM), o que contrariava as disposições da "Constituição Federal de 1969" e ainda contraria o disposto no inciso VI do § 3º do art. 142 da atual Constituição. Por essa previsão, o reconhecimento de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato deve ser decidido por tribunal, sendo o Conselho de Justiça ou o Juiz de Direito do juízo militar incompetentes para tal julgamento ético.

Então, deve-se encontrar uma solução para a indignidade/incompatibilidade para com o oficialato, sob pena de o dispositivo constitucional ser inaplicável.

Primeiramente, postulamos que, como pena acessória, tal qual pretende o CPM, a declaração de indignidade/incompatibilidade, desde o nascimento deste *Codex*, em 21 de outubro de 1969, é inconstitucional.

Dessa forma, só é possível aplicar o que dispõe a Constituição Federal se entendermos a declaração de indignidade/incompatibilidade para o oficialato como simples pré-requisito para a perda do posto e da patente do oficial, pré-

requisito esse que pode ser alcançado por duas vias:

– primeiro, a declaração de indignidade/incompatibilidade pode ser resultante do julgamento ético inaugurado por representação do representante do Ministério Público, como efeito de uma condenação criminal, comum ou militar, superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, como vimos acima (inciso VI do § 3º do art. 142 da CF);

– segundo, por uma provocação da Administração Militar, que, verificando a prática, em tese, de uma transgressão disciplinar de natureza tal que mereça a perda de posto e da patente, promove a instauração de Conselho de Justificação remetendo-o ao tribunal militar para que, também por representação do Ministério Público, se aplique o disposto no inciso VI do § 3º do art. 142 da CF.

Parece-nos evidente que apenas a primeira situação tem cunho penal militar, cingindo-se a segunda ao Direito Administrativo.

Remanesce, no entanto, uma questão. Não poderia o representante do Ministério Público formular representação, sem a prévia existência de Conselho de Justificação, pela perda de posto e de patente somente arrimado em uma condenação inferior a dois anos mas por crime constante do rol dos arts. 100 (indignidade) ou 101 (incompatibilidade)?

Entendemos que não. Ao rechaçarmos os referidos artigos, por inconstitucionalidade, negamos sua aplicação na totalidade. Nesse caso, no entanto, nada impediria o reconhecimento da indignidade ou da incompatibilidade, resultando na perda do posto e da patente, motivada pela via do Conselho de Justificação.

Malgrado nosso entendimento, parece que os arts. 100 e 101 do CPM desfrutam de prestígio constitucional na visão jurisprudencial.

Como exemplo, também no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, no Processo de Perda de Posto e Patente n. 4, julgado em 19 de maio de 1998, sob relatoria do Juiz Cel. PM Paulo Duarte Pereira, há trecho do v. Acórdão em que se postulou:

“Demonstra os autos a fragilidade de sua personalidade, facilmente envolvida em atos desonestos, desonrosos ou indignos, repudiados por qualquer organização social e, em especial, pelas Instituições Militares em razão do enodoamento que lhes causam.

Vê-se que foram contínuos e constantes em sua carreira militar, descaracterizando-se a eventualidade da ação, fato que a seu favor servir-lhe-ia como atenuante. Juridicamente, pesa-lhe a sujeição, em razão do tipo, art. 100 do Código Penal Militar, qualquer que seja a pena aplicada, a declaração de indignidade para o oficialato.

Em razão do exposto, decidem os MM. Juízes desta Augusta Corte Castrense, à unanimidade de votos, acolher a representação do Ministério Público, declarando o (...) indigno para o oficialato, decretando-lhe a Perda do Posto, da Patente e das Condecorações Militares e, consequentemente, sua exclusão das fileiras da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais”.

Ainda que a perda do posto e da patente tenha sido adequada ao caso concreto por conta de uma condenação de reclusão pelo crime de peculato a três anos de reclusão, bastando essa condição para a apreciação da indignidade, percebe-se que o art. 100 do CPM também foi utilizado como argumento, conformação da qual discordamos, com o devido respeito, por entender inaplicáveis os arts. 100 e 101.

No Superior Tribunal Militar, o art. 100 do CPM também tem sido utilizado como argumento, conforme se verifica no Acórdão referente à Representação de Indignidade para o Oficialato referente ao Processo n. 1992.01.000026-1/DF, julgado em 26 de novembro de 1992 e que teve a relatoria do Ministro José do Cabo Teixeira de Carvalho:

“Representação para declaração de indignidade. Oficial condenado a pena definitiva de 6 anos de reclusão. Pena acessória impositiva face ao disposto no art. 42, parágrafos primeiro, sétimo e oitavo da CF e art. 100 do CPM, observando-se o estabelecido no art. 28 do Estatuto dos Militares. Renúncia ao posto e patente destituída de amparo legal, ainda mais quando a condição de oficial do Exército Brasileiro encontra-se ‘sub judice’. Procedência da representação. Unânime”.

Vale a pena trazer somente mais uma observação acerca da indignidade e incompatibilidade, com consequente perda de posto e da patente de oficial, a saber, o acréscimo trazido pela Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010 ("Lei da Ficha Limpa"), que trouxe um novo texto à Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que torna inelegível por 8 anos aquele que declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível.

3.1.2. Exclusão das Forças Armadas

Nos termos do art. 102 do CPM, será excluída das Forças Armadas a praça condenada a pena privativa de liberdade superior a dois anos.

Deve ser consignada na sentença a imposição da pena acessória, nos termos do art. 107 do CPM. Caso isso não ocorra, entende Romeiro, a instância superior poderá fazê-lo, salvo em caso de recurso exclusivo do condenado, diante da proibição da *reformatio in pejus*[830].

Discutível a aplicação dessa pena acessória a praças das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, diante do disposto no art. 125, § 4º, da CF. Da análise do citado dispositivo, somente seria possível a exclusão de praça das Forças Auxiliares em face da perda da graduação, que somente se dará por decisão do Tribunal competente.

Para Jorge César de Assis, tal dispositivo fere o princípio hierárquico e o princípio da isonomia. O primeiro porque oficiais e praças foram equiparados, abalando a estrutura da força militar; o segundo porque não há similar previsão para praças das Forças Armadas[831].

Pacífica, jurisprudencial e doutrinariamente, visão no sentido de que a exclusão da força militar de praça pode dar-se de duas formas: uma em sede administrativa; outra em sede judicial.

Na primeira, ter-se-ia o processo administrativo, a exemplo do Conselho de Disciplina, dotado de todas as garantias constitucionais, aplicáveis a praças estáveis. Isso ocorre tanto nas Forças Armadas como nas Forças Auxiliares, mas não se trata de pena acessória, porquanto se prende a uma transgressão disciplinar em que se aplicará a demissão ou expulsão, ocorrendo

em consequência a perda de graduação e a exclusão da Instituição Militar.

Em São Paulo, o enfoque é peculiar, visto que há uma situação intermediária entre o soldado de segunda classe, ainda em estágio probatório, e a praça estável, com dez anos ou mais de serviço. Nesses casos, em vez do Conselho de Disciplina instaura-se o Processo Administrativo Disciplinar, nos termos do que rege a Lei Complementar n. 893/2001 (Regulamento Disciplinar).

Pela via judicial, a exclusão de praça da instituição militar deve conhecer uma bifurcação: perante decisão da Justiça Militar; perante decisão da Justiça Comum.

Tratando-se do enfoque perante a Justiça Militar, em primeiro aporte, para as praças das Forças Armadas, diante da inexistência de vedação constitucional, perfeitamente possível a aplicação da pena acessória do art. 102 do Código Penal Militar, claro, desde que haja o pré-requisito de condenação irrecorrível superior a dois anos de pena privativa de liberdade. Essa pena acessória, inclusive, decorreria da atuação de primeira instância, que por força do disposto no art. 107, como visto, deverá consignar tal pena na sentença. No que concerne às praças das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, no entanto, cediço nos tribunais, mesmo nos superiores**[832]**, a inaplicabilidade do art. 102 do CPM, em face do contido no art. 125, § 4º, da CF, que remete a possibilidade de perda da graduação à competência do Tribunal de Justiça Militar ou ao Tribunal de Justiça, onde não houver órgão de segunda instância castrense. Nesses termos, o art. 102 do CPM deve ser considerado inconstitucional para a aplicação às praças das instituições militares estaduais.

Assim, o disposto no § 4º do art. 125 da Constituição Federal, *in fine*, não encontraria parâmetro no Código Penal Militar, podendo ser aplicado de forma autônoma, em face de qualquer condenação por crime militar, independentemente da pena final fixada. Claro, tal possibilidade deverá passar pelo crivo do representante do Ministério Público, que verificará quais condenações merecerão avaliação ético-moral perante a segunda instância castrense.

Nesse sentido caminha o Acórdão proferido nos autos da Perda de

Graduação de Praça n. 920/2007, julgado em 25 de junho de 2008, sob relatoria do Juiz Cel. PM Fernando Pereira. Em trecho do Acórdão (fls. 4 e 5) decidiu-se:

"Por outro lado, na esfera penal, *não subsistindo mais*, no que diz respeito aos militares estaduais, o previsto no artigo 102 do Código Penal Militar, o qual determinava a exclusão da praça condenada à pena superior a dois anos, em face do disposto no artigo 125, § 4º, da Constituição Federal, compete a este Tribunal de Justiça Militar decidir sobre a perda de graduação das praças da Polícia Militar do Estado de São Paulo, quando de condenação, por sentença transitada em julgado, pela prática de crime que *eventualmente possa vir a denotar conduta indigna e/ou incompatível com o exercício da função policial militar*.

Nesse sentido o entendimento já expressado fartamente pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, merecendo destaque, pela primazia e pela clareza, o decidido no julgamento realizado pelo Pleno, em 04.06.1997, do Recurso Extraordinário n. 197.649-7/SP, que teve como Relator o E. Ministro Carlos Velloso:

'CONSTITUCIONAL. MILITAR. PRAÇA DA POLÍCIA MILITAR. EXPULSÃO. C.F., art. 125, § 4º.

I – A prática de ato incompatível com a função policial militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, assegurando-se à praça o direito de defesa e o contraditório. Neste caso, entretanto, não há invocar julgamento pela Justiça Militar Estadual. *A esta compete decidir sobre a perda da graduação das praças, como pena acessória do crime que a ela, Justiça Militar Estadual, coube decidir*, não subsistindo, em consequência, relativamente aos graduados, o art. 102 do Cód. Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos.

II – R.E. não conhecido' (grifei).

Verifica-se dessa forma que, se por um lado, no caso dos militares estaduais detentores da graduação de praças, houve a *ampliação das situações em que podem vir a ser excluídos em decorrência de uma condenação – antes limitadas àquelas superiores a dois anos* – por outro houve o estabelecimento da

garantia de que essa exclusão, como decorrência da condenação, somente pode vir a ocorrer por decisão do Tribunal de Justiça Militar". (g. n.)

Ainda discutindo a via judicial, há que se avaliar como ocorre a perda de graduação de praça em função de condenação por ilícito penal comum. Notadamente, algumas normas penais extravagantes possibilitam a perda do cargo, a exemplo do que ocorre com o § 5º do art. 1º da Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que trata do crime de tortura. Não só a lei penal comum extravagante, mas o próprio Código Penal comum, no inciso I do art. 92, determina a perda do cargo como efeito da condenação.

Assim, à guisa de exemplo, como ficaria a situação de um Policial Militar que fosse condenado pelo crime de tortura – crime comum, portanto, fugindo à temática do CPM –, tendo por consequência a perda do cargo público, ou seja, como vimos, de sua graduação. Essa perda poderá ser reflexo apenas da decisão do juiz singular de uma vara criminal, com o trânsito em julgado da sentença, ou requereria outra medida, como representação pela perda de graduação perante a segunda instância castrense?

Entendemos que, em relação às praças das Forças Armadas, basta a condenação da primeira instância, transitada em julgado, para que haja a perda do cargo, ou seja, a perda da graduação, quando, por exemplo, os dispositivos do Código Penal comum supracitados poderiam surtir efeito sem a limitação de apreciação prévia pela segunda instância, por não haver previsão constitucional nesse sentido.

No que se refere às praças das Forças Auxiliares, no entanto, a questão torna-se um pouco mais complicada, justamente pela previsão do § 4º do art. 125 da Constituição Federal.

Há o entendimento de que tal dispositivo possui uma eficácia ampla, de sorte que toda perda de graduação de praça das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares deverá passar pelo crivo da segunda instância castrense. Dessa forma, havendo condenação, por exemplo, por tortura, com a consequente perda do cargo, a condenação transitada em julgado deveria ser, por representação do Ministério Público, levada à apreciação do tribunal competente

(Tribunal de Justiça Militar nos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, ou Tribunal de Justiça nas demais Unidades Federativas), para que se proceda o julgamento ético, por um processo designado como “processo de perda de graduação de praça”. Essa parece ser a visão dominante, inclusive no Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, conforme se extrai do Acórdão proferido nos autos da Perda de Graduação de Praça n. 560/01, julgado em 8 de fevereiro 2006, sob relatoria do Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior. Em trecho do Acórdão (fls. 3 e 4), decidiu-se:

“A defesa pugnou pela improcedência da Representação alegando que a perda do cargo ou da função não foi aplicada como efeito da condenação, conforme prevê o artigo 92, I, do Código Penal brasileiro. E, na sequência, observou que, na hipótese de procedência da Representação, os efeitos previdenciários decorrentes da inatividade do Representado deveriam ser preservados.

Atente-se que, na espécie, nem haveria de se falar na previsão contida no Código Penal. Aplicável seria o artigo 102 do Código Penal Militar. Previa este artigo a exclusão imediata da praça que fosse condenada a pena superior a dois anos. Todavia, conforme já sedimentado, este artigo foi derrogado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O texto constitucional estabeleceu, então, a competência deste Tribunal para decidir sobre a perda da graduação das praças, afastando tanto a exclusão automática quanto o tempo mínimo da condenação criminal. Desse modo, para que o Ministério Público ofereça a Representação a ser analisada por este E. Tribunal, basta a existência de uma condenação criminal transitada em julgado, seja ela qual pena for”.

Por outro enfoque, também existe construção segundo a qual, como o art. 125 da Constituição da República diz respeito ao estabelecimento de competência das Justiças Militares dos Estados, a previsão constante na última parte do § 4º desse artigo deve ficar contida à competência criminal da Justiça Militar dos Estados, ou seja, apenas aplicável aos crimes militares. Por essa compreensão, havendo condenação de uma praça da Polícia Militar, por exemplo, por tortura, com a consequente perda de cargo, a condenação transitada em julgado bastaria para que a Administração Militar executasse a sentença, excluindo o militar das fileiras, seja por um ato chamado de

exoneração, seja por uma demissão, conforme ditado por legislação estatutária, como ocorre neste último caso com o previsto na alínea *b* do inciso II do art. 23 da Lei Complementar n. 893, de 9 de março de 2001, o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Entendemos mais correta, pelos motivos nela já consignados, esta última visão, construção que também parece orientar o Superior Tribunal de Justiça. No *Habeas Corpus* n. 47.846/MG, julgado em 11 de dezembro de 2009, sob a relatoria do Ministro Og Fernandes, foi decidido que:

"CRIME. TORTURA. PERDA. CARGO. O paciente, na condição de policial militar, teria sido omisso ao não impedir que os outros milicianos praticassem, nas dependências do batalhão policial, tortura contra duas pessoas, sendo que uma delas veio a falecer em razão das agressões sofridas. Foi condenado como incurso nas penas do art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.455/1997. Sustenta a defesa que o paciente não teve conhecimento do fato delituoso, não estando sequer presente quando das agressões, ficando clara a equivalência ou paridade entre a situação dos acusados absolvidos e a dele. Mas o Min. Og Fernandes, Relator, entende que a pretensão não merece guarida uma vez que a imputação recaída sobre o paciente – de ter-se omitido em face do cometimento de prática de tortura – encontra amparo no decidido pelas instâncias ordinárias, que se lastreiam no conjunto probatório. Também porque, na condição de policial militar, o paciente tinha o dever legal de evitar a prática de crime ocorrido nas dependências do estabelecimento em que trabalhava. Há de se acrescer ainda o relato das testemunhas, segundo as quais os pedidos de socorro eram ouvidos de suas casas. Assim, fica afastada a alegação de que, por estar junto ao portão de entrada do prédio, não haveria meios de ter ciência das violências perpetradas. Finalmente, o pedido demanda revolvimento do conjunto fático probatório, providência incompatível com a via eleita. *Quanto à pretensão de afastar as penas acessórias da perda do cargo e impedimento de exercer outra função pública pelo período de dois anos, destacou o Min. Relator que a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal é que, nos crimes de tortura, a perda do cargo é efeito automático e obrigatório da condenação. Assim, não haveria sequer a necessidade de fundamentar a medida*. Dessa forma, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, denegou a ordem, vencidos os Ministros

Celso Limongi e Nilson Naves, que a concediam. Precedentes citados do STF: HC 92.181-MG, DJe 1º/8/2008; do STJ: HC 40.861-MG, DJ 2/5/2005; HC 97.195-SP, DJe 19/10/2009; HC 95.335-DF, DJe 4/8/2008; HC 106.995-MS, DJe 23/3/2009; REsp 799.468-AP, DJ 9/4/2007, e HC 92.247-DF, DJ 7/2/2008". (g. n.)

Essa também parece ser a visão construída no Supremo Tribunal Federal, como muito bem expôs em recente decisão monocrática, datada de 29 de abril de 2011, o Ministro Dias Tóffoli, nos autos do Recurso Extraordinário n. 568.423/SP, onde foi consignado:

"Com efeito, a jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que '*à Justiça Militar Estadual compete decidir sobre a perda da graduação de praças somente quando se tratar de crime em que a ela caiba processar e julgar, ou seja, crimes militares*' (RE 602.280/SC-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 10/3/11).

Perfilhando nesse entendimento, destaco precedentes:

'*CONSTITUCIONAL. MILITAR. PRAÇA DA POLÍCIA MILITAR. EXPULSÃO. C.F., art. 125, § 4º, I. A prática de ato incompatível com a função policial militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, assegurando-se à praça o direito de defesa e o contraditório. Neste caso, entretanto, não há invocar julgamento pela Justiça Militar estadual. A esta compete decidir sobre a perda da graduação das praças, como pena acessória do crime que a ela, Justiça Militar estadual, coube decidir, não subsistindo, em consequência, relativamente aos graduados, o art. 102 do Cód. Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos. II. R.E. não conhecido*' (RE n. 199.800/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 4/5/01);

'*Praça da Polícia Militar. Licenciamento por conveniência do serviço. Competência. Falta de prequestionamento das questões relativas aos incisos LIII, LV e LVII do art. 5º da Constituição. Por outro lado, o Plenário desta Corte, ao julgar o RE 199.800, apreciando caso análogo ao presente, decidiu, quanto à alegação de ofensa ao artigo 125, § 4º, da Constituição, que a prática de ato incompatível com a função militar pode implicar a perda da graduação como*

sanção administrativa, não se havendo de invocar julgamento pela Justiça Militar Estadual, porquanto a esta compete decidir sobre a perda da graduação das praças somente como pena acessória dos crimes que a ela couber decidir. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido' (RE n. 283.393/ES, Primeira Turma, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 18/5/01).

O acórdão recorrido divergiu desse entendimento ao decretar a perda da graduação de praça do recorrente, condenado pelo Juízo comum à pena de três anos de reclusão pela prática do delito previsto no art. 121, *caput*, c/c os arts. 14, inciso II, e 73, todos do Código Penal (fls. 19/20). Portanto, merece ser reformado.

Aliás, outro não foi o entendimento do Ministério Público Federal ao consignar que '*competiria ao Presidente do Tribunal do Júri cominar ao recorrente a pena de perda da graduação, porquanto a referida reprimenda acessória deveria ter sido imposta pelo Tribunal competente para processá-lo e julgá-lo'* (fls. 145).

Ante o exposto, forte na jurisprudência da Corte, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento (art. 21, § 2º, do RISTF), sem, contudo, obstar que eventual procedimento administrativo disciplinar seja instaurado para apurar a questão".

Muito embora os precedentes citados pelo Eminente Ministro se refiram mais à possibilidade de aplicação de sanção disciplinar de forma autônoma da apreciação do Tribunal de Justiça Militar, evidenciam eles, assim como a própria decisão transcrita, que a previsão final do § 4º do art. 125 da Constituição Federal possui interpretação restrita aos crimes de competência da própria Justiça Militar, ou seja, nos casos de crimes militares.

3.1.3. Perda da função pública

O art. 103 do CPM dispõe que incorre na perda da função pública o assemelhado ou o civil:

“I – condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente à função pública;

II – condenado, por outro crime, a pena privativa de liberdade por mais de dois anos”.

Obviamente, por tudo que já consignamos, devemos afastar a figura do assemelhado, hoje inexistente no cenário jurídico, restringindo essa pena acessória, em primeiro aporte, somente ao civil, obviamente no âmbito da Justiça Militar da União.

Já definimos acima o significado de função, aqui especialmente restrita ao assemelhado e ao civil.

Diferentemente da pena de *suspensão* de exercício da função, que acima, ao tratarmos das penas principais, entendemos por inaplicável, a pena acessória de *perda* da função pública parece ser possível em relação ao civil que seja condenado, por exemplo, em qualquer crime militar, a uma pena privativa de liberdade superior a dois anos. Note-se que apenas o inciso I do art. 103 vincula a prática de crime ao abuso de poder ou à violação de dever – a exemplo dos crimes capitulados nos arts. 303, 334, 335 do CPM –, concluindo-se que o inciso II está apenas atrelado ao *quantum* da condenação, prescindindo da constatação de conduta abusiva ou violadora de dever.

O parágrafo único do art. 103 permite que essa pena acessória também seja aplicada ao militar da reserva, ou reformado, se estiver no exercício de função pública de qualquer natureza.

3.1.4. Inabilitação para o exercício de função pública

Para Romeiro, essa pena acessória pode ser aplicada tanto ao civil quanto ao militar, uma vez que não afeta o posto ou a graduação ou a função pública em si, mas a capacidade de direito público**[833]**.

Jorge César de Assis**[834]**, não mencionando quem está sujeito a tal pena, sustenta que a lei visa a impedir que o condenado retome a função pública na qual praticou o ilícito penal militar.

Em face da possibilidade de aplicação a um militar, convém estudar alguns de seus aspectos.

O art. 104 do CPM restringe sua aplicação ao condenado a pena de reclusão superior a quatro anos e desde que a condenação seja resultante de prática de crime que denote abuso de poder ou violação do dever militar ou inerente à função pública.

Outra característica importante refere-se à duração da inabilitação, que pode variar de dois a vinte anos, dispondo o parágrafo único do art. 104 que o "prazo da inabilitação para o exercício de função pública começa ao termo da execução da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança imposta em substituição, ou da data em que se extingue a referida pena".

Entendemos que essa pena tem um acréscimo maior em relação à pena anterior, porquanto aqui o condenado estará impossibilitado não de exercer a função que desenvolve quando da condenação, mas qualquer função pública futura, pelo período fixado na sentença.

Por fim, na contagem do prazo dessa inabilitação, deve incidir também, pelo art. 108 do CPM, o tempo de liberdade resultante da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, se não sobrevém revogação.

3.1.5. Suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela

Disciplinada pelo art. 105 do CPM, tal pena baseia-se na impossibilidade material de o condenado exercer o *poder de família*, a tutela ou a curatela. Em relação à aplicação de medida de segurança, a impossibilidade de exercício torna-se presumida em razão da inimputabilidade.

É ainda possível a suspensão cautelar, nos termos do parágrafo único do dispositivo em apreço.

Note-se que, para ensejar essa pena acessória, a condenação deve ser a pena privativa de liberdade superior a dois anos, caso em que não será possível o *sursis*; do contrário, incongruente seria o dispositivo no que concerne à sua fundamentação.

Muito criticada é a pena em estudo, por se entender que o legislador penal militar foi além de sua atribuição, imiscuindo-se em seara afeta ao Direito Civil. Jorge Romeiro[835] chega até a recomendar que a dessuetude ab-rogue tal dispositivo, incentivando, pois, seu esquecimento.

3.1.6. Suspensão dos direitos políticos

Tal pena consiste na impossibilidade de sufrágio, na incapacidade de votar e ser votado (art. 106 do CPM).

Em verdade, ainda que não seja afirmado pela doutrina penal militar, o dispositivo em questão tornou-se desnecessário, uma vez que a Carta Maior, em seu art. 15, III, evidencia tal suspensão; não há sequer necessidade de declaração em sentença condenatória, constituindo um efeito da condenação.

Em adição, como visto acima, lembre-se de que a indignidade e a incompatibilidade, com consequente perda de posto e da patente de oficial, importa, nos termos da alínea *f* do art. 1º da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990 (com a nova redação que lhe deu a Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010), em inelegibilidade por 8 anos, relativizando os seus direitos políticos.

3.1.7. Imposição de pena acessória

Nos termos do art. 107 do Código Castrense, nem toda pena acessória deve constar expressamente da sentença condenatória, excetuando-se os casos dos arts. 99, 103, II, e 106.

Entendemos, ademais, que é possível a aplicação de penas acessórias em acúmulo, nada obstando, por exemplo, que um sargento do Exército Brasileiro, diante de uma condenação por peculato à pena de reclusão de oito anos, seja excluído das Forças Armadas (art. 102 do CPM) e inabilitado para exercer função pública por dez anos (art. 102 do CPM), prazo que somente começará a correr ao termo da execução da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança imposta em substituição, ou da data em que se extingue a referida pena.

4. MEDIDAS DE SEGURANÇA

Para Jorge Romeiro, medida de segurança é uma providência jurisdicional "para evitar que determinada pessoa, que cometeu crime e se revela perigosa, venha a reincidir"[836].

Como se pode perceber, a medida de segurança é também consequência penal, ainda que operacionalizada por sentença absolutória.

Pode-se afirmar que substancialmente pena e medida de segurança não se diferenciam, mas são bem distintas em relação à sua finalidade.

Ainda que se possa discutir qual o fundamento e a finalidade adequados à pena, é possível dizer superficialmente que a pena tem fim retributivo e preventivo, enquanto a medida de segurança tem apenas fim preventivo, porquanto é calcada na periculosidade de reincidência do paciente.

Tem-se como inovação dos Códigos Penais de 1969 (o Código Penal Militar e o malogrado Código Penal comum) a adoção do *sistema vicariante* em vez do *duplo binário* até então vigente.

Em linhas gerais, pelo *sistema do duplo binário*, poderia haver imposição cumulativa de pena e de medida de segurança aos semi-imputáveis e aos imputáveis considerados perigosos. Já no sistema vigente, *vicariante*, a imposição de medida de segurança é alternativa, como veremos a seguir.

A inovação do *sistema vicariante* (*critério unitário* ou *monista*), todavia, somente ocorreu no Direito Penal comum com a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, visto que o diploma criminal comum de 1969 foi revogado nove anos depois de seu nascimento, sem nunca ter entrado em vigor.

No Direito Penal Militar, todavia, há diferenças no que tange à medida de segurança, a começar pelas espécies possíveis trazidas pelo Código Castrense.

Reza o art. 110 do Diploma Penal Militar que as medidas de segurança são pessoais e patrimoniais. As primeiras podem ainda ser divididas em detentivas e não detentivas.

Por detentiva deve-se entender a internação em hospital de custódia e

tratamento psiquiátrico, ou, caso não exista, em outro estabelecimento adequado. É pacífico na doutrina que, com o advento da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), as figuras do estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio e do próprio manicômio judiciário foram extintas, ao menos formalmente, porquanto afirmam alguns ter havido apenas a mudança de nome do espaço físico que ainda possui tétricas características.

Medidas de segurança pessoais não detentivas são a cassação de licença para direção de veículos automotores, o exílio local e a proibição de frequentar determinados lugares.

As patrimoniais são a interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação e o confisco.

Cumpre ainda lembrar, conforme lição de Jorge Romeiro[837], que o art. 276 do CPPM considera a suspensão provisória do pátrio poder (hoje poder familiar), tutela ou curatela medidas de segurança provisória a serem processadas no juízo civil.

4.1. Pessoas sujeitas às medidas de segurança

Com base no disposto no art. 111 do CPM, Jorge César de Assis afirma: “Podemos sintetizar que as medidas de segurança podem ser impostas: I – aos civis; II – aos militares que hajam perdido a função, posto e patente, visto que atualmente não existe mais a figura do assemelhado; III – aos militares que não hajam perdido essa qualidade aplicam-se apenas as medidas de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; também a de cassação de licença para dirigir veículos motorizados e as patrimoniais”[838].

Como se vê, aos militares nem todas as medidas de segurança são aplicadas.

4.2. Internação em manicômio judiciário

A internação, agora em hospital de custódia, e não em manicômio, é aplicada ao agente de crime militar, inimputável, que ofereça perigo à incolumidade alheia (art. 112 do CPM).

O mínimo da internação deve ser fixado de um a três anos, havendo ao fim desse período mínimo perícia médica para verificar a cessação ou não da periculosidade. Caso não ocorra a desinternação ao fim do período mínimo, a perícia deve ser repetida de ano em ano, com a mesma finalidade.

Verificando-se a desinternação, será esta condicional, o que significa dizer que o autor do fato ficará sob fiscalização para que se lhe detecte o estado de periculosidade. Caso haja a prática de ato que denote a volta da periculosidade, antes do decurso de um ano da desinternação, será restabelecida a situação anterior, ou seja, voltará o agente a ser internado.

Em casos específicos, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por medida de segurança. Refere-se o art. 113 do CPM, para admitir essa possibilidade, aos casos do parágrafo único do art. 48 (semi-imputabilidade), *in verbis*:

"Não é imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Parágrafo único. Se a doença ou a deficiência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação, não fica excluída a imputabilidade, mas a pena pode ser atenuada, sem prejuízo do disposto no art. 113".

No caso da substituição, sobrevindo a cura, há contradição entre o Código Penal Militar (art. 113) e o Código de Processo Penal Militar (art. 664), no que tange à medida a ser adotada. Para aquele, seria possível a restituição do condenado ao cárcere; para este, não.

Com muita propriedade, aponta Romeiro que o art. 113 do CPM não veda a aplicação do art. 664 do CPPM, pois consigna "pode" e não "deve" ser transferido. De tal análise, conclui que o transferido ficará em liberdade,

primeiro, porque o tempo poderia ser contado para obtenção de livramento condicional e, segundo, porque a cessação da periculosidade leva à não necessidade de segregação do condenado[839].

Caso ao término da pena substituída o agente ainda possua o estado mórbido, a internação será por tempo indeterminado, aplicando-se o que dispõem os parágrafos do art. 112.

A internação em questão poderá igualmente ser efetivada em relação aos ébrios habituais e toxicômanos, nos termos do § 3º do art. 113: "À idêntica internação para fim curativo, sob as mesmas normas, ficam sujeitos os condenados reconhecidos como ébrios habituais ou toxicômanos".

É importante lembrar que, como assinala Mirabete e como já consignamos, a medida de segurança "não deixa de ser uma sanção penal e, embora mantenha semelhança com a pena, diminuindo um bem jurídico, visa precipuamente à prevenção, no sentido de preservar a sociedade da ação de delinquentes temíveis e de recuperá-los com tratamento curativo"[840]. Assevera ainda o mestre que "o fundamento da aplicação da pena reside, porém, na culpabilidade, enquanto o da medida de segurança assenta na periculosidade, que, na expressão de Hungria, é um estado subjetivo, mais ou menos duradouro, de antissociabilidade ou, como explica Plácido e Silva, é a que se evidencia ou resulta da prática do crime e se funda no perigo da reincidência"[841].

Por ser uma consequência do crime, uma sanção penal, aplica-se somente quando houver certeza, após o devido processo legal, sobre a autoria e a materialidade; o autor do fato, porém, desde que possua a maioridade penal, deve ser reconhecido como inimputável ou semi-imputável.

Aponta Capez como pressupostos da medida de segurança a prática de crime e a periculosidade, asseverando, ainda, que não se aplica essa medida:

"a) se não houver prova de autoria;

b) se não houver prova do fato;

c) se estiver presente causa de exclusão da ilicitude;

d) se o crime for impossível;

e) se ocorreu a prescrição ou outra causa extintiva da punibilidade”[842].

4.3. Cassação de licença para dirigir veículos motorizados

Disposta no art. 115 do CPM, a medida de segurança em apreço somente será efetivada se o crime tiver correlação com a condução de veículo automotor, bem como se as circunstâncias e os antecedentes apontarem a periculosidade do autor na condução de veículo motorizado.

In verbis, o dispositivo nos traz:

“Art. 115. Ao condenado por crime cometido na direção ou relacionadamente à direção de veículos motorizados, deve ser cassada a licença para tal fim, pelo prazo mínimo de um ano, se as circunstâncias do caso e os antecedentes do condenado revelam a sua inaptidão para essa atividade e consequente perigo para a incolumidade alheia.

§ 1º O prazo da interdição se conta do dia em que termina a execução da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança detentiva, ou da data da suspensão condicional da pena ou da concessão do livramento ou desinternação condicionais.

§ 2º Se, antes de expirado o prazo estabelecido, é averiguada a cessação do perigo condicionante da interdição, esta é revogada; mas, se o perigo persiste ao termo do prazo, prorroga-se este enquanto não cessa aquele.

§ 3º A cassação da licença deve ser determinada ainda no caso de absolvição do réu em razão de inimputabilidade”.

Sustenta Jorge César de Assis, com muito acerto, que a cassação deve ser efetuada por intermédio da autoridade de trânsito, que é efetivamente quem detém controle rígido sobre a expedição de habilitações[843].

Mais ainda, suscita-se a derrogação do presente dispositivo em face da superveniência da Lei federal n. 9.455/97, que trouxe ao sistema jurídico o novo

Código de Trânsito Brasileiro, especificamente pelo art. 293, § 1º.

4.4. Exílio local

O art. 116 do CPM traz a medida de segurança do exílio local, dispondo ser ele aplicável quando o juiz o considera necessário como medida preventiva, a bem da ordem pública ou do próprio condenado, consistindo na proibição de que este resida ou permaneça, durante um ano, pelo menos, na localidade, município ou comarca em que o crime foi praticado. Ainda por previsão do parágrafo único do art. 116, o exílio deve ser cumprido logo que cessa ou é suspensa condicionalmente a execução da pena privativa de liberdade.

Cabe acrescentar apenas que a fiscalização do exílio far-se-á por autoridade policial, conforme determinação do juiz (art. 667 do CPPM).

4.5. Proibição de frequentar determinados lugares

Disciplina o art. 117 do CPM a medida de segurança de proibição de frequentar determinados lugares, nos seguintes termos:

"Art. 117. A proibição de frequentar determinados lugares consiste em privar o condenado, durante um ano, pelo menos, da faculdade de acesso a lugares que favoreçam, por qualquer motivo, seu retorno à atividade criminosa.

Parágrafo único. Para o cumprimento da proibição, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo anterior".

Deve-se entender que se caracteriza por medida necessária à prevenção de nova prática criminosa pelo agente. Em outras palavras, proíbe-se a frequência a lugares que possam instigar a prática de nova infração penal, como casas de jogo, áreas de meretrício etc.

A fiscalização far-se-á pela autoridade policial do local proibido.

4.6. Interdição de estabelecimento, sociedade ou associação

O art. 118 do CPM trata da medida de segurança patrimonial de interdição de estabelecimento, sociedade ou associação, consistindo na interdição do local por tempo não inferior a quinze dias e não superior a seis meses.

Discute-se, a propósito dessa medida, a possibilidade de pessoa jurídica sofrer consequência penal. Para muitos a questão pacificou-se com a edição da Lei n. 9.605/98, que trata de crimes ambientais, podendo a pessoa jurídica sofrer consequência penal.

4.7. Confisco

Igualmente de natureza patrimonial, o confisco traduz-se pela perda de objetos e instrumentos do crime, nos termos do que consigna o art. 119 do Código Castrense.

Em verdade, é medida preventiva.

Em muito se assemelha a um dos efeitos da condenação, previsto no art. 109 do mesmo *Codex*.

4.8. Quadro resumido

Em face do exposto, pode-se resumir a matéria concernente às medidas de segurança na seguinte conformidade:

Medidas de segurança:

1) pessoais:

a) detentivas:

— internação em manicômio judiciário (hoje, hospital de custódia);

— internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio

judiciário ou ao estabelecimento penal, ou em seção especial de um ou de outro (derrogada pela LEP).

b) não detentivas:

— cassação de licença para direção de veículos motorizados;

— exílio local;

— proibição de frequentar determinados lugares.

2) patrimoniais:

— interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação;

— confisco.

5. CONCURSO DE CRIMES NO CÓDIGO PENAL MILITAR

5.1. Conceito

É possível que, em uma mesma oportunidade ou em ocasiões distintas, uma mesma pessoa cometa duas ou mais infrações penais, que de algum modo estejam ligadas por circunstâncias várias. Quando isso ocorre, estamos diante do chamado *concursus delictorum* ou, simplesmente, concurso de crimes.

Poder-se-ia dizer, portanto, que o concurso de crimes se traduz pela ocorrência de dois ou mais delitos por meio da prática de uma ou mais ações.

Esse concurso, por sua vez, resulta no concurso de penas, daí a razão por que deve ser estudado como consequência do delito.

5.2. Diferenciação entre reincidência, concurso de pessoas e concurso aparente de normas

O concurso de crimes não se confunde, no que tange à sua definição bem como às suas consequências, com a reincidência, o concurso de pessoas e o concurso aparente de normas.

Como vimos, por reincidente entende-se, em curtas palavras, o criminoso que, no momento do sentenciamento de um crime, já tenha sido condenado, com sentença transitada em julgado, por crime anterior. Configura uma das circunstâncias agravantes do Código Penal Militar, notadamente a prevista no inciso I do seu art. 70, conforme já estudamos.

O concurso de pessoas, também já estudado, constitui a pluralidade de agentes e unidade de fato, podendo haver as modalidades de participação ou coautoria. Nada guarda com a questão das penas, porquanto não importa em aumento de pena, salvo no caso de crimes de concurso necessário, em que os "cabeças" têm a pena aumentada.

O concurso (conflito) aparente de normas ocorre quando duas ou mais normas, aparentemente, apresentam-se hábeis a disciplinar ou, em Direito Penal, tipificar uma conduta humana. Nesse caso, por óbvio, somente uma das normas prevalecerá, não havendo falar em concurso de penas. Tome-se por exemplo o crime de concussão cometido por policial militar, em serviço de policiamento ostensivo, que poderá ensejar ao desconhecedor do Estatuto Penal Militar a prisão em flagrante pelo crime tipificado no art. 316 do CP, quando, por força da letra *c* do inciso II do art. 9º do CPM, aplicando-se ainda princípio norteador em Direito Penal, segundo o qual a lei especial deve ser prioritária em relação à lei genérica (comum), o crime seria militar, portanto a prisão seria em razão do art. 305 do referido *Codex*.

5.3. Sistemas de aplicação de penas em concurso de crimes

Costuma-se apontar doutrinariamente, para a fixação da pena no concurso de crimes, alguns sistemas, métodos de unificação da pena, favorecendo o estabelecimento da pena final. Esses sistemas são os do cúmulo material, de cúmulo jurídico, da absorção e da exasperação.

Pelo sistema do *cúmulo material*, a pena em concurso de crimes deve ser a soma das penas correspondentes a cada delito. É o que ocorre no concurso material de crimes, abaixo estudado.

Já para o sistema de *cúmulo jurídico*, a pena adotada deve ser mais grave que as cominadas para cada um dos crimes, sem, no entanto, chegar à soma de todas.

No sistema de *absorção*, aplicar-se-ia tão só a pena do delito mais grave, desprezando-se os demais. Critica-se esse sistema por deixar impune a prática de vários crimes.

Finalmente, pelo sistema de *exasperação*, deve-se aplicar a pena do delito mais grave, entre os concorrentes, aumentando-se em certa quantidade, em decorrência dos demais crimes. Configura para alguns derrogação da regra do cúmulo material vigente no Código Penal (*quot delicta tot poena*).

5.4. Concurso de crimes no Código Penal comum

5.4.1. Concurso material ou real

Ocorre o concurso material quando o agente pratica duas ou mais condutas, obtendo dois ou mais resultados. A regra de unificação de pena nesse caso está no art. 69 do CP, adotando-se o **sistema de cúmulo material** para a obtenção da pena final. Não importa se os crimes são idênticos (concurso material **homogêneo** – ex.: vários homicídios) ou não (**heterogêneo** – ex.: furto de auto seguido de atropelamento e estupro), tampouco se ocorreram na mesma ocasião ou em dias diferentes.

Nada impede o concurso material entre crime doloso e crime culposo, cabendo observar a regra do art. 76 do Código Penal, ou seja, havendo pena de reclusão para um crime e de detenção para outro, primeiro será executada aquela e depois esta.

5.4.2. Concurso formal ou ideal

Disciplinado pelo art. 70 do CP, o concurso formal traduz-se por aquele em que o agente, por uma única conduta (comissiva ou omissiva), obtém dois ou mais resultados.

Também pode ser **homogêneo** ou **heterogêneo**, a exemplo do concurso material, mas comporta uma outra distinção, qual seja a de **próprio (perfeito)** ou **impróprio (imperfeito)**.

O concurso ideal ***próprio ou perfeito*** ocorre quando os resultados derivam de um único desígnio; ex.: o sujeito pega uma arma para matar uma pessoa; atira na pessoa e acerta, além dela, um terceiro; tinha um só desígnio: atingir a vítima, mas acabou atingindo também uma terceira pessoa (*aberratio ictus* com duplo resultado).

Já o concurso ideal ***impróprio ou imperfeito*** verifica-se quando os resultados derivam de desígnios autônomos, ou seja, o agente vislumbra e quer os dois resultados. Pode ocorrer tanto o dolo direto quanto o dolo eventual (aceitar o risco de produzir os resultados). Ex.: o agente que adiciona veneno à sopa desejando a morte de um indivíduo na família, mas sabe que todos partilharão da refeição. É preciso alertar que existe setor doutrinário que sustenta ser possível concurso formal impróprio apenas nos casos de dolo direto, como no caso do agente que adiciona veneno à sopa desejando a morte de **toda** a família.

Nos casos de concurso formal, a pena será unificada pelo sistema da exasperação ou do cúmulo material. Aplica-se o **sistema da exasperação** no caso do **concurso perfeito**, em que o agente tem desígnio único, tomando-se a pena de um dos delitos (o mais grave, quando for heterogêneo, ou um deles, quando idênticos os delitos), aumentando-se de um sexto até metade. No caso do **concurso imperfeito**, todavia, haverá o **sistema do cúmulo material**: somam-se as penas dos delitos, pressupondo-se que os dois delitos foram dolosos.

No *concurso formal perfeito*, em que a regra é a exasperação, por previsão do parágrafo único do art. 70 do CP, a pena unificada não pode exceder aquela que seria obtida de acordo com as instruções trazidas pelo art. 69 (cúmulo material). Em outras palavras, firmou-se o que se chama de *concurso material*

benéfico, quando haverá o cúmulo material unificando a pena toda vez que a exasperação for mais gravosa. Ex.: um agente decide matar alguém atropelado e conduz seu veículo em alta velocidade em direção da vítima, atingindo-a fatalmente; após o atropelamento, no entanto, o agente perde o controle do carro chocando-se com uma motocicleta cujo ocupante sofre lesão corporal leve; aplicando-se a exasperação e considerando o homicídio qualificado, por ter dificultado a defesa do ofendido (art. 121, § 2º, IV, do CP), ainda que o juiz aplique a pena mínima, a condenação por esse delito será de doze anos; como houve apenas uma vítima e aceitando-se as circunstâncias favoráveis ao réu, seria natural o juiz utilizar o percentual mínimo de majoração de um sexto, o que elevaria a pena para quartoze anos de reclusão, pelo sistema da exasperação; ora, o art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro prevê como pena para a lesão corporal culposa na condução de veículo automotor a detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, e, se considerarmos a aplicação da pena mínima pelo crime de lesão corporal, tomando em conta as favoráveis condições do agente, ao aplicar o cúmulo material a condenação total de pena privativa de liberdade seria de doze anos e seis meses (12 anos de reclusão e 6 de detenção, cumprindo-se primeiro a reclusão); deve prevalecer no exemplo citado, portanto, o critério de soma simples das penas (cúmulo material), porquanto mais benéfico.

5.4.3. Crime continuado

Diz-se continuado (art. 71 do CP) o crime quando o agente, por mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições específicas (tempo, lugar, *modus operandi* etc.), os subsequentes devem ser tidos como continuação do primeiro. Há dois tipos: o comum (*caput* do artigo) e o específico (parágrafo único).

N o *crime continuado específico* a regra atinge somente os crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. O *crime continuado comum* atinge os demais crimes.

Note-se que a nova redação do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, dada pela Lei n. 7.209/84, tornou sem efeito o disposto na Súmula 605 do

STF, que não admitia a continuidade delitiva nos crimes contra a vida.

Para explicar a natureza do crime continuado, três teorias se embatem. A teoria da *unidade real* postula que, em verdade, as várias violações da lei penal compõem um único crime. Pela teoria da *ficção jurídica*, a unidade de infração é apenas uma criação legal para a imposição de pena, havendo, na realidade, vários delitos. Finalmente, segundo a *teoria mista*, não se discute se há a unidade ou a pluralidade de delitos, ocorrendo, na verdade, a criação de um novo crime, qual seja, o do próprio concurso.

O Código Penal comum adotou a teoria da *ficção jurídica*, ou seja, apesar de dois ou mais crimes de mesma espécie – veja-se que o próprio CP reconhece a existência de dois ou mais crimes –, os subsequentes devem ser considerados continuidade do primeiro.

Os *requisitos do crime continuado* são três:

a) *pluralidade de crimes de mesma espécie* – não há necessidade de ser o mesmo crime, o que se deduz da expressão "aplica-se-lhe a mais grave das penas"; para alguns, ressalte-se, os crimes devem constar do mesmo tipo penal, não importando se qualificados, privilegiados etc.;

b) *condições objetivas semelhantes* – devem ser praticados em condições semelhantes de **tempo** (tem-se entendido que o tempo de 30 dias entre os crimes dá ensejo à continuidade delitiva), **lugar** (entre cidades próximas, pode-se falar em crime continuado) e **modo de execução** (o modo de execução deve ser idêntico);

c) *unidade de desígnios* – existem três teorias em relação a este requisito:

c1) *teoria subjetiva* – a unidade de desígnios é o único requisito a ser demonstrado para o reconhecimento do crime continuado, prescindindo-se dos demais; se o agente não o demonstrar, não haverá o fenômeno em estudo; pouco utilizada, porquanto a demonstração da unidade de propósito é muito difícil**[844]**;

c2) *teoria objetiva* – aqui, a vontade do sujeito é irrelevante, ou seja, não há necessidade de o agente ter vontade de aproveitar-se das mesmas

circunstâncias deixadas pelo crime anterior, sendo prescindível a demonstração da unidade de desígnios;

c3) *objetivo-subjetiva* – por essa teoria, além das circunstâncias objetivas semelhantes, há necessidade da presença de um elemento subjetivo, ou seja, da vontade do agente de aproveitar-se das mesmas circunstâncias deixadas pelo crime anterior, em uma unidade de propósitos.

A teoria ideal seria, como afirma Nucci, a terceira, porquanto levaria a uma distinção clara entre o concurso material e o crime continuado**[845]**. Contudo, o mesmo autor identifica que o nosso Código Penal, à letra da lei, adotou a teoria objetiva, já que o art. 71 não menciona a unidade de desígnios.

Parece mais adequada, com a devida vênia, a adoção da teoria objetivo-subjetiva, mesmo porque essa é a visão jurisprudencial dominante. Dessa forma, a unidade de propósitos é, sim, um requisito do crime continuado.

O Código Penal, ao disciplinar a cominação da pena unificada no crime continuado, dispôs que na modalidade comum (*caput* do art. 71) adota-se o sistema da **exasperação**, ou seja, aplica-se a pena de um dos crimes (ou do mais grave), **aumentando-se de um sexto até a metade**. O aumento varia de acordo com o número de crimes. Já no caso do **crime continuado específico** (parágrafo único do art. 71), a majoração, considerando-se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, será de até **o triplo**.

A regra do **concurso material benéfico** também é aplicada aos casos de crime continuado, seja comum, seja específico.

5.5. Concurso de crimes no Código Penal Militar

5.5.1. Análise do art. 79 do CPM

Embora possamos trasladar alguns conceitos vistos no Direito Penal comum acerca do concurso de pessoas, a exemplo da natureza jurídica e das

espécies (material e formal), o Estatuto Penal Militar tratou o assunto de forma diversa, consignando o cúmulo material como regra para os crimes em concurso cujas penas sejam de mesma espécie. Caso as espécies de penas sejam diversas, adota-se a exasperação.

Assim dispõe o art. 79:

"Quando o agente, mediante uma só ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se de espécies diferentes, a pena única é a mais grave, mas com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves, ressalvado o disposto no art. 58".

Como se verifica, o art. 79 do CPM define ao mesmo tempo o concurso de crimes material e o formal, conferindo-lhes a mesma consequência jurídica, ou seja, soma das penas (cúmulo material), em caso de penas de mesma espécie, ou adoção da pena mais grave com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves (exasperação), em caso de penas de espécies diferentes, respeitando-se, neste último caso, a regra prevista no art. 58 do CPM, que impõe limites para a pena de detenção e de reclusão.

Parece-nos evidente que, quando o Código Penal Militar menciona "penas de mesma espécie", quer referir-se a penas idênticas em sua substância, ou seja, dois crimes apenados com reclusão terão penas de mesma espécie, enquanto dois crimes em que um possui pena de reclusão e o outro, de detenção, possuirão penas diferentes. Entendemos não ser possível interpretação segundo a qual as penas privativas de liberdade são de mesma espécie; do contrário, a regra da exasperação seria inaplicável. Vejamos: caso um policial militar, em serviço de fiscalização de trânsito, exija dinheiro para não recolher o veículo irregular de um cidadão (art. 305 do CPM – concussão) e, diante da negativa de pagamento, irrita-se e desfira chutes contra o automóvel, danificando-o (art. 259 do CPM – dano), teremos um caso em que as penas serão diferentes, devendo o juiz fazer todo o raciocínio acerca da pena para o crime de concussão, observando as três fases, e fazer a mesma coisa em relação ao crime de dano. Após, buscando a pena final para a condenação e observando a regra de unificação das penas do

art. 79, irá diminuir a condenação por dano da metade, somando o tempo resultante – e não o tempo e a espécie – à condenação pela concussão. Ex.: condenação por concussão à pena de oito anos de reclusão e condenação por dano à pena de detenção de seis meses; ter-se-ia a condenação final, com a unificação da regra do art. 79, à pena de seis anos e três meses de reclusão – repita-se, o que se acresce é apenas o tempo do segundo crime, que significará um aumento da pena cominada ao crime mais grave. Em toda essa operação, a pena unificada não pode ficar além de trinta anos de reclusão, nem de dez anos de detenção, por expressa determinação de observância dos limites do art. 58 do CPM.

Como verificado, sustentamos que o acréscimo de metade das penas dos crimes menos graves deve dar-se com base nas penas efetivamente aplicadas a cada crime, e não com base na pena abstratamente cominada. Nesse sentido, *vide*, do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, Acórdão proferido na Apelação Criminal n. 1.953 (Proc. n. 13.659/2ª AJME, 1º CE), julgada em 10 de setembro de 1996, sob relatoria do Juiz Cel. PM Paulo Duarte Pereira, cujo trecho do voto do relator destacamos:

"Foi incurso nas sanções dos artigos 233 e 209, 'caput', c/c art. 70, letra 'g', na forma do art. 79, todos do Código Penal Militar, ou seja, atentado violento ao pudor e lesão corporal leve, em concurso de crimes, respectivamente, 02 (dois) anos de reclusão e 03 (três) meses de detenção.

Reconhecida a agravante do art. 70, 'g', do CPM, em razão de ter o agente cometido o delito com abuso de poder, aplica-se a regra do artigo 73 do citado instrumento penal, devendo ser fixado o aumento entre um quinto e um terço, guardando-se os limites da pena cominada ao crime.

Vê-se que, na r. sentença, fixadas que foram as penas, 03 (três) meses para o delito do art. 209, 'caput', a ocorrência da elevação para 06 (seis) meses, dobra-se-lhe o 'quantum' e 02 (dois) anos de reclusão para o delito do art. 233, a ocorrência da elevação para 03 (três) anos e 06 (seis) meses a eleva de 2/3 (dois terços), contrariando-se a regra supramencionada.

Assim exposto, defino o 'quantum' da pena: o concurso de crimes, art. 79 do CPM, sendo estes de espécies diferentes, a pena única é a 'mais grave, mas

com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves'.

'In casu', a mais grave, do art. 233, 02 (dois) anos, somada à metade da menos grave, art. 209, 'caput', 45 (quarenta e cinco) dias, acrescido de 1/3, do art. 73, tudo do CPM, conferem ao apelante a pena de 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, que torno definitiva".

Destaque-se, porém, que o Acórdão supracitado considerou a agravante em última operação, ferindo o critério trifásico, o que, com a devida vênia, não entendemos correto. Entretanto, há no julgado um bom exemplo de operacionalização da regra do concurso de crimes, mormente no que concerne ao acréscimo de tempo da pena do crime menor, e não da qualidade da pena do crime menor – note-se que a pena fixada pela primeira instância considerava o acréscimo de detenção à reclusão, o que foi reformado pelo E. Tribunal Castrense mineiro para apenas acréscimo de quantidade, e não de qualidade, tudo resumindo-se em tempo de pena de reclusão –, bem como de parâmetro de acréscimo da pena dos crimes menos graves, que deve ser circunscrito à pena da condenação, e não à pena prevista abstratamente no preceito secundário.

Em outro exemplo, imaginemos dois homicídios qualificados praticados em concurso de crimes, seja formal, seja material. Nesse caso, as penas de mesma espécie deverão, pela primeira parte do art. 79 do CPM, simplesmente ser somadas, não havendo, ao menos na condenação pela unificação das penas, os limites do art. 58 do CPM, que, pela previsão estrita do mesmo art. 79, somente se aplica aos casos de exasperação, presente em crimes de penas de espécies diferentes. Aqui também se exige que o juiz leve a condenação de cada crime isoladamente a termo, com suas três fases de fixação da pena, procedendo, ao final, à unificação pelo cúmulo material.

Como se percebe, nas duas situações do art. 79 do CPM, não há propriamente um acréscimo da *pena alterada* (aquela resultante da primeira e da segunda fases da aplicação da pena), o que significaria dizer que o concurso de crimes é propriamente uma causa geral de aumento de pena. O que ocorre, em verdade, é a alteração da *pena final* (aquela resultante da primeira, segunda e terceira fases da aplicação da pena), significando a desnaturação do concurso de crimes como causa geral de aumento de pena.

Nesse sentido, embora afeto ao tema no Direito Penal comum, muito bem dispõe Nucci:

"Tem-se por únicas causas de aumento previstas na Parte Geral do Código Penal as referentes ao concurso de crimes. Entretanto, a bem da verdade, não são propriamente causas de aumento em caso algum.

O concurso material é apenas a soma das penas, quando vários crimes forem cometidos (...). Logo, inexiste aumento, que seria aplicável na terceira fase, após a consideração das circunstâncias judiciais e das agravantes e atenuantes.

O concurso formal é um nítido benefício ao acusado que tenha, através de uma só ação ou omissão, provocado a concretização de dois ou mais crimes, aplicando-se-lhe a mais grave das penas (se iguais, apenas uma delas), aumentada, em qualquer situação, de um sexto até a metade (art. 70, CP). Nota-se, pois, que o concurso formal é uma causa aparente de aumento, mas, na essência, evita que a pena do agente seja somada, afinal, ele cometeu mais de um crime. Poderíamos denominar o concurso formal de causa de aumento imprópria.

O crime continuado não foge à regra de ser um benefício ao réu e não uma autêntica causa de aumento de pena (...)"**[846]**.

Ainda que diversas do Código Penal comum e até mais severas, as regras do concurso de crimes no Código Penal Militar têm sido aplicadas nas Justiças Militares.

Nesse sentido, *vide,* do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, a Apelação Criminal n. 5.385/04 (Feito n. 033819/02, 3ª Auditoria), julgada em 30 de agosto de 2005, sob relatoria do Juiz Cel. PM Fernando Pereira:

"Aplicáveis as regras do concurso de crimes a policiais militares que, durante abordagem de veículo, exigem para ambos vantagem indevida e não adotam as providências de ofício cabíveis quando constatada irregularidade na documentação".

Em trecho do v. Acórdão desta Apelação, consignou-se:

"A r. Sentença de Primeiro Grau abordou com propriedade todas as circunstâncias que envolveram as condutas criminosas praticadas pelos acusados.

Condenados às penas mínimas cominadas aos crimes praticados, *mostrou-se correta a aplicação da regra prevista no artigo 79 do CPM para fixação da pena em face do concurso de crimes*.

Nessa conformidade, a E. Primeira Câmara do Tribunal de Justiça Militar, a unanimidade de votos, acolhendo o r. parecer da Douta Procuradoria de Justiça, negou provimento ao apelo defensivo para manter a r. Sentença de Primeiro Grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos". (g. n.)

Do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, *vide* o já citado Acórdão proferido na Apelação Criminal n. 1.953 (Proc. n. 13.659/2ª AJME, 1º CE), julgada em 10 de setembro de 1996, sob relatoria do Juiz Cel. PM Paulo Duarte Pereira, cuja ementa se transcreve:

"Se equívoca a sentença no cálculo da pena, à vista do concurso de crimes e de agravante, deve ser retificada. Reconhecidas, agravantes ou atenuantes, e a lei não menciona o 'quantum', aplica-se a regra do art. 73 do Código Penal Militar, fixando-se a majoração ou redução, entre um quinto e um terço, guardando-se os limites da pena cominada ao crime. No concurso de crimes, sendo estes de espécies diferentes, a pena única é a do mais grave, acrescida da metade do menos grave".

Por derradeiro, tenha-se em mente que a regra do art. 79 pode ser excepcionada por regra especial que demande aumento de pena em casos específicos. É o caso, por exemplo, do previsto no § 2º do art. 206 do CPM, que dispõe que, "se, em consequência de uma só ação ou omissão culposa, ocorre morte de mais de uma pessoa ou também lesões corporais em outras pessoas, a pena é aumentada de um sexto até metade". Obviamente, não se pode majorar a pena (pela exasperação ou pelo cúmulo material) em função do concurso de crimes e novamente majorá-la em função da causa especial de aumento de pena. Esta deve prevalecer àquela em razão do princípio da especialidade.

5.5.2. Crime continuado no CPM

O crime continuado está disciplinado no CPM pelo art. 80, que o define como aquele em que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser considerados como continuação do primeiro, previsão análoga àquela do art. 71 do Código Penal comum.

Assim, aproveitando a doutrina penal comum, poderíamos enumerar os mesmos requisitos para o reconhecimento do crime continuado, a saber:

1) *pluralidade de crimes de mesma espécie* – no Código Penal comum tem-se entendido, como vimos, que não há necessidade de ser o mesmo crime, em razão da expressão constante do tipo penal específico que ao falar da unificação da pena dispõe que "aplica-se-lhe a mais grave das penas"; no CPM, como não há essa regra, seria conveniente também postular a mesma compreensão;

2) *condições objetivas semelhantes* – devem ser praticados em condições semelhantes de tempo (tem-se entendido que o tempo de 30 dias entre os crimes dá ensejo à continuidade delitiva), lugar (entre cidades próximas, pode-se falar em crime continuado) e modo de execução (deve ser idêntico);

3) *unidade de desígnios* – aqui adotando-se também a teoria objetivo-subjetiva**,** segundo a qual, além das circunstâncias objetivas semelhantes, há necessidade da presença de um elemento subjetivo, ou seja, da vontade de o agente aproveitar-se das mesmas circunstâncias deixadas pelo crime anterior, em uma unidade de propósitos.

O parágrafo único do art. 80 exclui o crime continuado quando se trata de fatos ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima, impossibilitando, assim, uma disciplina de crime continuado quando doloso contra vítimas diferentes, ao contrário do Código Penal comum.

Todavia, ainda que se possa reconhecer certa semelhança entre a conceituação do crime continuado nos dois Códigos Penais, o CPM, em seu art. 79, prevê a unificação de penas no crime continuado, ou seja, possibilita tanto o

cúmulo material, se os crimes possuírem penas de mesma espécie, como a exasperação, se de espécies diferentes, respeitando neste caso o limite imposto pelo art. 58.

Assim, tomando um exemplo, se um Policial Militar desejar injuriar uma mulher (art. 216 do CPM), também Policial Militar, e decidir mandar-lhe cartas injuriosas, num total de sessenta cartas, considerando a pena máxima de seis meses de detenção para cada crime, poderá ser condenado à pena de dez anos de detenção, em observância ao limite do art. 58 para essa espécie de pena.

Permite-se, para alguns, uma redução facultativa da pena no crime continuado, prevista no § 1º do art. 81 do CPM, que estabelece: "A pena unificada pode ser diminuída de um sexto a um quarto, no caso de unidade de ação ou omissão, ou de crime continuado", mas ainda assim seria extremamente severa a regra do CPM para o crime continuado, tão severa e injusta em relação ao Código Penal comum que a jurisprudência tem admitido a aplicação do art. 71 deste Código em substituição ao art. 80 do CPM, consagrando-se, como regra, a exasperação, e não o cúmulo material.

Essa acertada visão é vigente no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, que, por exemplo, na Apelação Criminal n. 5.240/03 (Feito n. 31.856/02, 4ª Auditoria), sob relatoria do Juiz Cel. PM Lourival Costa Ramos, decidiu, em 25 de agosto de 2005:

"Reconhecida a continuidade delitiva nas ações desenvolvidas pelo policial militar, aplicáveis as regras atinentes ao crime continuado com a unificação das penas nos termos do artigo 71 do Código Penal, visando alcançar punição compatível com o senso de distribuição de justiça. A pena excessivamente longa não atinge sua finalidade de recuperação do infrator".

Também vigente essa concepção no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, como se verifica na Apelação Criminal n. 2.332 (Proc. n. 17.381/3ª AJME), que, sob relatoria do Juiz Cel. PM Paulo Duarte Pereira, decidiu, em 4 de novembro de 2004:

"Tendo em vista as circunstâncias do crime, a personalidade do agente, a extensão do dano e o número de incidências, pode-se aplicar, conforme

o caso, na dosimetria da pena, para a continuidade delitiva, em vez do disposto no art. 80 do CPM, a regra do art. 71 do Código Penal Comum, por ser mais condizente com a moderna política criminal".

Apesar dessa visão, há posição contrária, em que se sustenta a aplicação da regra do art. 80 do CPM, sem a possibilidade de aplicação da norma do Código Penal comum. Surpreendentemente, como lembra Jorge César de Assis**[847]**, assim entende o Supremo Tribunal Federal, que em sede do *Habeas Corpus* n. 86.854/SP, em 14 de março de 2006, sob a relatoria do Ministro Carlos Britto, considerou válida a regra do art. 80 do CPM:

"*EMENTA*: *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR DE CONCUSSÃO (ARTS. 305 E 53 DO CPM). EXIGÊNCIA DE DINHEIRO PARA NÃO LAVRATURA DE AUTOS DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. PRETENDIDA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES DA REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA, PREVISTA NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL COMUM. IMPOSSIBILIDADE. Revela-se devidamente fundamentada a sentença que, para majorar em dois meses a pena-base do acusado, se louva na especial gravidade do crime e no seu modo de execução, tudo conforme o art. 69 do Código Penal Militar. Não se aplica aos crimes militares a regra de continuidade delitiva a que se reporta o art. 71 do Código Penal Comum. Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. No caso, tal premissa não se faz presente. Bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um 'hibridismo' incompatível com o princípio da especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares. Precedentes. Ordem denegada".

5.5.3. O problema do art. 81 do CPM na unificação das penas privativas de liberdade no concurso de crimes e na fixação da pena final em

crimes praticados isoladamente

Ponto de extrema polêmica encontramos no art. 81 do CPM, *in verbis*: "A pena unificada não pode ultrapassar de trinta anos, se é de reclusão, ou de quinze anos, se é de detenção".

Note-se que a primeira parte do art. 79 refere-se à pena unificada, devendo esta ser compreendida como o resultado das operações (cúmulo material ou exasperação) resultantes do concurso de crimes. Questiona-se, assim, se a aplicação do art. 79 poderia ou não redundar em condenação, por exemplo, a reclusão superior a trinta anos.

Embora extremamente permissiva e desproporcional, entendemos que o limite aplica-se ao concurso de crimes, inclusive, pelo que expressa o § 1º do art. 81, ao crime continuado.

Mencionamos a desproporcionalidade porquanto crimes praticados em concurso material ou em concurso formal com desígnios autônomos, por exemplo, por ausência de regra melhor redigida no CPM, estariam sujeitos a essa limitação. *In exemplis*, um militar que ingresse armado em sua Unidade e pratique três homicídios em concurso material (três condutas com três resultados), se condenado a quinze anos de reclusão por cada um deles, não poderia ter a pena unificada em quarenta e cinco anos de reclusão, devendo o juiz limitar-se à unificação da pena em trinta anos de reclusão.

A desproporção é evidente e nos causa estranheza em primeiro aporte. Contudo, considerando a vedação constitucional da letra *b* do inciso XLVII do art. 5º, em que se veda a pena de caráter perpétuo, a regra, na omissão de dispositivo mais eficiente como o art. 75 do CP, da limitação em trinta anos passa a ser bem-vinda.

Em outros termos, o CPM, ao limitar a pena privativa de liberdade a trinta anos, não o fez na fase da execução da pena, porquanto não se refere ao cumprimento desta, e sim na própria aplicação, já que menciona a pena unificada. Note-se, no entanto, que como alguém, pela regra do concurso de crimes, não pode ter o resultado da unificação da pena além dos trinta anos de reclusão, obviamente, também não haverá cumprimento de pena além desse

parâmetro, atendendo ao espírito da Constituição Federal.

No Código Penal comum, a visão é muito mais clara. O art. 75 desse diploma dispõe que o "tempo de *cumprimento* das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos". (g. n.) Os parágrafos do artigo permitem a unificação de penas na fase de execução. Não há, entretanto, limites para a condenação, que poderá exceder os trinta anos de reclusão.

O CPM, como já dito, não se referiu à execução, e sim à pena unificada no concurso de crimes. Curiosamente, contudo, não trouxe o Código Penal Castrense igual limite para a condenação isolada, sem que haja o concurso de crimes. Assim, por contraditório que pareça, o CPM permitiria, por exemplo, que um crime de violência contra superior com resultado morte (art. 157, § 4º, do CPM), cuja *pena alterada* (circunstâncias judiciais mais a incidência de agravantes e atenuantes) seja de vinte e cinco anos de reclusão, pela incidência da causa especial de aumento de pena constante do § 2º do art. 157, sofra um acréscimo de um terço, ou seja, mais dezesseis anos e oito meses de reclusão, totalizando uma condenação de quarenta e um anos e oito meses de reclusão. Caso praticasse a mesma conduta em relação a dois superiores, no entanto, ainda que obtivesse penas para cada crime na mesma proporção (41 anos e 8 meses de reclusão, ou seja, soma das penas totalizando 83 anos e 4 meses de reclusão), a regra de unificação das penas do art. 81 do CPM, impediria a condenação final além de trinta anos de reclusão.

Há, em face dessa discrepância, duas possibilidades de interpretação.

Em primeiro plano, alinhar-se a Jorge César de Assis, que, como consignado acima, sustenta que o art. 81 do CPM deve ser observado apenas na fase da execução da sentença, não limitando a condenação para um crime nem para os casos de concurso de crimes**[848]**, visão que parece prevalecer. O autor, inclusive, vê como pressuposto para a aplicação do referido artigo a existência de diversidade de processos.

Por outro ângulo, buscando a diminuição de discrepâncias nas situações apontadas, poder-se-ia sustentar a transcendência do art. 81 não só para a pena unificada, mas também para toda e qualquer condenação final, ainda que

em um único crime com a definição da pena-base.

Este é o nosso posicionamento.

Assim, pegando o exemplo acima da violência contra superior, apesar de o juiz poder condenar o réu aos quarenta e um anos e oito meses de reclusão, observando as circunstâncias judiciais na primeira fase da aplicação da pena, a incidência das agravantes e atenuantes na segunda fase e as causas de aumento de pena na terceira fase, podendo apenas nesta extrapolar os limites da pena em abstrato, em última e autônoma operação, o juiz deveria aplicar o limitador do art. 81 à condenação do crime isolado, reduzindo a condenação final a trinta anos de reclusão, trazendo, por analogia, a regra atinente ao concurso de crimes (*analogia in bonam partem*).

Para arrimar nossa construção acima, há que se lembrar que mesmo no Código Penal comum, com as claras regras, já se discute a possibilidade de que a condenação, e não a execução, limite-se a trinta anos, inclusive para a verificação de benefício como o livramento condicional. Embora contrário a essa construção, Guilherme Nucci assinala:

"Há, certamente, posições em sentido contrário. José Antônio Paganella Boschi, comentando o limite temporal de 30 anos para o cumprimento da pena privativa de liberdade, previsto no art. 75 do Código Penal, admitindo que a jurisprudência considera o prazo apenas para fim de cumprimento, mas não para o cálculo dos benefícios, incidentes sobre o total da pena, apregoa que 'razões de humanidade justificam e determinam a nosso sentir, uma revisão desse posicionamento jurisprudencial', pois essa postura estaria comprometendo a proibição constitucional de penas perpétuas (...)"**[849]**.

No CPM, além da questão humanitária refletida na vedação constitucional de penas de caráter perpétuo, há a necessidade de solucionar o imbróglio trazido pela turva previsão do art. 81 do Código Penal Castrense, donde surge nossa peculiar interpretação.

A discussão suscitada, no entanto, carece de relevância prática, porquanto raras são as condenações nas Justiças Militares que excedem os trinta anos de reclusão. Frise-se, ademais, que, apesar de nossa construção, tem-se

observado predileção pela visão oposta, muito bem sustentada por Jorge César de Assis.

6. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

6.1. Conceito

A expressão *sursis* origina-se do francês, especificamente da palavra *surseoir*, que significa suspender.

Consiste em direito público subjetivo do réu de, preenchidos todos os requisitos legais, ter suspensa a execução da pena imposta, mediante certas condições, durante certo prazo (arts. 84 e s. do CPM).

Note-se que tal instituto, proveniente do Direito belgo-francês, não se confunde com a suspensão condicional do processo, trazida pela Lei n. 9.099/95 (art. 89), baseada no *probation system* do Direito inglês, em que não há suspensão de uma pena aplicada após o curso do processo, mas sim a suspensão do próprio processo em fase inicial, aceita pelo suposto autor da infração penal.

6.2. Requisitos

A pena para ser suspensa não pode ser superior a dois anos (qualidade da pena). É requisito objetivo.

Outro requisito objetivo é a necessidade de ser a condenação a pena privativa de liberdade.

Aqui já se encontra a primeira diferença em relação à legislação penal comum, porquanto, nos termos do art. 80 do CP, o benefício não será cabível em face de pena de multa ou restritiva de direito (também será inviável o

benefício quando couber a substituição por pena restritiva de direito – art. 77, III, do CP). No Código Penal Militar, previsão análoga está no parágrafo único do art. 84, já que há expressa restrição à aplicação do benefício no caso de pena de reforma, suspensão do exercício do posto, graduação ou função ou de pena acessória.

Como requisitos subjetivos (ou pressupostos subjetivos) podem-se apontar a exigência de que o réu não seja reincidente em crime doloso ou culposo (salvo quando decorridos mais de 5 anos do cumprimento da sentença) e, pelas circunstâncias judiciais, a presunção do juiz de que o réu não voltará a delinquir. Note-se que os pressupostos subjetivos são diferentes no Código Penal comum, podendo ser citado, a título de exemplo, o fato de ser possível o benefício quando o réu é reincidente em crime culposo (art. 77, I), ou mesmo em crime doloso apenado com multa (art. 77, § 1º).

Por fim, cabe entender que no Direito Penal Militar não existe a possibilidade do *sursis* etário nem do *sursis* humanitário ou profilático (art. 77, § 2º, do CP).

6.3. Condições

A sujeição às condições da suspensão condicional, chamada de período de prova, pode variar de dois a seis anos (art. 84 do CPM). Nesse período o condenado deve cumprir condições determinadas pela lei (condições legais) ou pelo juiz na sentença (condições judiciais).

O descumprimento de tais condições implica a revogação da suspensão e, por consequência, o cumprimento integral da pena.

As condições judiciais estão suscitadas no art. 85 do CPM e devem ser fixadas nos termos do § 2º do art. 608 do CPPM, que se somam àquelas previstas no art. 626 do mesmo diploma.

Assim consignam os dispositivos citados:

“Art. 608. (...)

§ 2º Poderão ser impostas, como normas de conduta e obrigações, além das previstas no art. 626 deste Código, as seguintes condições:

I – frequentar curso de habilitação profissional ou de instrução escolar;

II – prestar serviços em favor da comunidade;

III – atender aos encargos de família;

IV – submeter-se a tratamento médico”.

“Art. 626. Serão normas obrigatórias impostas ao sentenciado que obtiver o livramento condicional:

a) tomar ocupação, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho;

b) não se ausentar do território da jurisdição do juiz, sem prévia autorização;

c) não portar armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender;

d) não frequentar casas de bebidas alcoólicas ou de tavolagem;

e) não mudar de habitação, sem aviso prévio à autoridade competente.”

Como condições legais, ou seja, impostas obrigatoriamente pela lei, José da Silva Loureiro Neto**[850]** enumera aquelas previstas no art. 86 do CPM, as quais coincidem com as causas de revogação obrigatória do *sursis*.

O réu deve ser notificado para comparecer perante o juízo, momento em que será advertido sobre as consequências do descumprimento de uma das condições estipuladas (audiência admonitória).

Em resumo, o juiz na sentença, em face de uma condenação a pena privativa de liberdade igual ou inferior a dois anos, deverá estabelecer as condições (legais e judiciais) do período de prova, advertindo o paciente, em audiência admonitória, das consequências da indisciplina no que tange à não observância das condições.

6.4. Revogação

Consiste na cassação do benefício ante o descumprimento de condições impostas na sentença. Em consequência, deverá o beneficiário cumprir a pena suspensa integralmente.

Além das causas que revogam obrigatoriamente o *sursis*, há as que podem gerar, a critério do juiz, a revogação do benefício.

6.4.1. Causas de revogação obrigatória

As causas de revogação obrigatória consistem em situações que devem importar na revogação do *sursis*, e estão previstas nos incisos do art. 86 do CPM, na seguinte ordem: I – condenação, por sentença irrecorrível, na Justiça Militar ou na comum, em razão de crime, ou de contravenção reveladora de má índole ou a que tenha sido imposta pena privativa de liberdade; II – não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano; III – sendo militar, é punido por infração disciplinar considerada grave.

No inciso I do art. 86 do CPM, deve-se ter em mente que a condenação, passada em julgado, há de ocorrer durante o período de prova, pouco importando o momento do crime gerador da condenação.

Para que a suspensão seja revogada é mister que o beneficiário seja condenado em virtude de crime (doloso ou culposo) ou então de contravenção reveladora de má índole ou apenada com prisão simples.

A expressão "má índole" é de cunho extremamente subjetivo, cabendo ao juiz valorar tal condição (elemento normativo).

A não reparação do dano revoga o *sursis*, porém, obviamente, para que tal efeito se verifique, é preciso que o condenado seja, como consigna o Código Penal comum, solvente.

A punição por transgressão grave também revoga o *sursis*. É de notar, contudo, que nem toda transgressão disciplinar nos regulamentos disciplinares possui gradação de gravidade, a saber, aquelas consideradas genéricas (e. g., art.

12, § 1º, n. 2, da Lei Complementar n. 893/2001), que somente serão graves quando combinadas a outras circunstâncias (n. 1, 2 ou 3 do § 2º do art. 12 da referida Lei Complementar). Os diplomas disciplinares não raramente permitem que mesmo aquelas capituladas como leves ou médias, no artigo específico (v. g., os 132 tipos transgressionais do parágrafo único do art. 13 da Lei Complementar n. 893/2001), ao serem combinadas com as mesmas condições, ganhem a gradação de graves. Em ambos os casos haverá a revogação, surgindo, pois, grande importância do exercício do poder disciplinar, porquanto o enquadramento disciplinar feito por autoridade administrativa poderá influir na suspensão condicional.

Além das causas do art. 86 do CPM (dispositivo semelhante ao art. 614 do CPPM), enumeram-se outras duas constantes dos arts. 612 e 613 do Código de Processo Penal Militar:

Vejamos tais dispositivos:

"Art. 612. Se, intimado pessoalmente ou por edital, com o prazo de dez dias, não comparecer o réu à audiência, a suspensão ficará sem efeito e será executada imediatamente a pena, salvo prova de justo impedimento, caso em que será marcada nova audiência.

Art. 613. A suspensão também ficará sem efeito se, em virtude de recurso interposto pelo Ministério Público, for aumentada a pena, de modo que exclua a concessão do benefício".

Em verdade, os arts. 612 e 613 do CPPM, acima transcritos, não tratam propriamente de causas de revogação, mas de causas que evitam o início do benefício. Tais causas, todavia, têm sido apontadas como de revogação obrigatória.

6.4.2. Revogação facultativa

Nos termos do § 1º do art. 86 do CPM, a revogação é facultativa quando o beneficiário descumpre outras condições da sentença diversas das obrigatórias.

O dispositivo em questão é complementado pelo § 1º do art. 614 do CPPM, que assim estabelece:

"§ 1º A suspensão poderá ser revogada, se o beneficiário:

a) deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença;

b) deixar de observar obrigações inerentes à pena acessória;

c) for irrecorrivelmente condenado a pena que não seja privativa da liberdade".

No Código Penal comum, a condenação irrecorrível por crime culposo ou por contravenção é causa de revogação facultativa (art. 81, § 1º, do CP). É de notar, como vimos, que a condenação irrecorrível por crime, seja doloso, seja culposo, bem como por contravenção que denote má índole, na lei penal militar é causa de revogação obrigatória.

Também como efeito da revogação facultativa tem-se o cumprimento integral da pena.

6.5. Prorrogação

Nos casos de revogação facultativa, pode o juiz optar por, em vez de revogar o benefício, prorrogar a suspensão até o máximo (6 anos), logicamente se este não tiver sido o inicialmente estipulado (art. 86, § 2º, do CPM).

É possível também a prorrogação quando há processo em curso que possa acarretar a revogação do *sursis*. Nesse caso a prorrogação será até o julgamento definitivo do processo em curso (art. 86, § 3º, do CPM).

6.6. Extinção da pena

Ao final do prazo estipulado (inicialmente ou por prorrogação), não havendo revogação, o juiz declarará a extinção da pena privativa de liberdade,

conforme prescreve o art. 87 do CPM combinado com o art. 615 do CPPM.

6.7. Não aplicação do *sursis*

Há casos, embora preenchidos os requisitos, em que não será possível a aplicação do benefício.

Esta é mais uma notável diferença em relação ao Direito Penal comum.

O art. 88 do CPM combinado com o art. 617 do CPPM veda a concessão de *sursis* em caso de crime cometido em tempo de guerra e para determinados crimes militares em tempo de paz, enumerados no inciso II do art. 88 do CPM.

7. DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

7.1. Conceito

"Ocorre o livramento condicional, quando o condenado é posto em liberdade após cumprir uma parte da pena, desde que preencha determinados requisitos. O período de prova nesse caso constitui o restante da pena que deixou de cumprir"**[851]**.

É igualmente direito público subjetivo do condenado, o que significa dizer que, uma vez preenchidos os requisitos, o juiz deve conceder o benefício.

7.2. Requisitos

Assim como no *sursis*, no livramento condicional deve haver o

preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos, sem os quais o benefício não será concedido.

Os requisitos para a concessão estão enumerados no art. 89 do CPM, que assim dispõe:

"Art. 89. O condenado a pena de reclusão ou de detenção por tempo igual ou superior a dois anos pode ser liberado condicionalmente, desde que:

I – tenha cumprido:

a) metade da pena, se primário;

b) dois terços, se reincidente;

II – tenha reparado, salvo impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pelo crime;

III – sua boa conduta durante a execução da pena, sua adaptação ao trabalho e às circunstâncias atinentes a sua personalidade, ao meio social e à sua vida pregressa permitem supor que não voltará a delinquir".

Apenas o inciso III é considerado requisito subjetivo, enquanto os demais seriam objetivos.

Visão interessante a consignada por Jorge César de Assis**[852]**, que considera ser o cumprimento de parte da pena requisito objetivo-subjetivo, pois o *quantum* a ser cumprido dependerá da cominação da pena em concreto. Tal cominação levará em conta a reincidência do réu, tornando-se também um requisito subjetivo.

É necessário indicar que o mesmo dispositivo, em seu § 2º, contempla o livramento etário, em que se reduz a exigência de cumprimento de pena para menores de 21 e maiores de 70 anos.

7.3. Penas em concurso de infrações

No caso de concurso de crimes, deve-se ter em conta a pena unificada

(art. 89, § 1º, do CPM).

7.4. Especificação das condições

Na sentença de concessão do livramento, as condições devem ser especificadas (art. 90 do CPM). Assim como no *sursis*, há condições que podem ser estipuladas pelo juiz, porém há as que devem obrigatoriamente ser estipuladas.

Quanto às condições do juízo, o magistrado irá defini-las em face do caso concreto.

Ao lado delas, entretanto, há condições que devem ser exigidas, impondo-se, pois, como normas obrigatórias a serem observadas pelo liberando. Tais condições estão expressas no art. 626 do CPPM, *in verbis*:

"Art. 626. Serão normas obrigatórias impostas ao sentenciado que obtiver o livramento condicional:

a) tomar ocupação, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho;

b) não se ausentar do território da jurisdição do juiz, sem prévia autorização;

c) não portar armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender;

d) não frequentar casas de bebidas alcoólicas ou de tavolagem;

e) não mudar de habitação, sem aviso prévio à autoridade competente".

Ainda que se tenham por obrigatórias, nem todas são aplicáveis aos militares condenados, especificamente nos casos das alíneas *a* e *c*.

Leciona Romeiro**[853]** que o parecer do Conselho Penitenciário de que trata o art. 91 é hoje, por impossibilidade prática, substituído por manifestação do diretor do estabelecimento penal ou pelo comandante da Unidade em que o

militar cumpre a sanção.

7.5. Revogação

Também aqui temos a revogação obrigatória e a facultativa.

7.5.1. Obrigatória

Será obrigatoriamente revogado o livramento condicional se o "liberado vem a ser condenado em sentença irrecorrível à pena privativa de liberdade por infração militar ou sujeita à jurisdição penal comum cometida durante a vigência do benefício ou anteriormente a ele"[854].

Como se vê, não importa nesse caso se o fato foi cometido antes ou durante a fruição do benefício: haverá revogação.

A diferença está na consequência da revogação. Em se tratando de infração cometida antes do período de livramento, o tempo de liberdade é computado para o cumprimento da pena. Pode-se até mesmo, com base na pena unificada e computando-se o período de cárcere e de liberdade sob condições, conceder novo livramento com base na pena única.

Já nos casos em que a infração foi cometida durante o benefício, o liberando, pela revogação, "perde" todo o tempo em que estava em livramento condicional, nada diminuindo em sua pena.

Há ainda outra peculiaridade no caso de condenação por infração penal anterior ao período de livramento. Sendo o condenado primário, e quando a soma do período de cárcere e de liberdade sob condições superar a metade da pena única (resultante dos dois crimes), não haverá revogação.

7.5.2. Facultativa

O § 1º do art. 93 define: "O juiz pode, também, revogar o livramento se o liberado deixa de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença ou

é irrecorrivelmente condenado, por motivo de contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade; ou, se militar, sofre penalidade por transgressão disciplinar considerada grave".

7.6. Extinção da pena

Dispõe o art. 95: "Se, até o seu termo, o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade".

Pode, todavia, haver pendência de condenação, o que permite ao juiz postergar a declaração de extinção da pena, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo.

7.7. Não aplicação do livramento condicional

Não se pode aplicar o livramento condicional aos crimes cometidos em tempo de guerra (art. 96 do CPM).

7.8. Casos especiais

"Em tempo de paz, o livramento condicional por crime contra a segurança externa do país, ou de revolta, motim, aliciação e incitamento, violência contra superior ou militar de serviço, só será concedido após o cumprimento de dois terços da pena, observado ainda o disposto no art. 89, preâmbulo, seus números II e III e §§ 1º e 2º", assim dispõe o art. 97 do CPM.

8. EFEITOS DA CONDENAÇÃO

Advindo condenação penal irrecorrível, o condenado passará a sofrer

as consequências do injusto típico praticado, naquilo que se denomina efeitos da condenação criminal.

Os efeitos da condenação podem ser principal, a obrigação de cumprir, de se submeter à execução da pena, ou secundários, os quais podem ser de natureza penal e extrapenal.

Como sobredito, o efeito principal consiste na obrigação de se submeter à pena imposta, que, como se sabe, pode ser privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Em certos casos, necessário lembrar, o efeito principal da condenação é outra espécie de sanção penal, e a medida de segurança, cuja submissão também constituirá efeito principal da condenação para o agente semi-imputável.

Os efeitos secundários, por seu turno, são consequências mediatas da condenação, ou seja, não são enfocados em primeiro plano, mas também congregam o rol de consequências do delito.

Podem ainda os efeitos secundários sofrer uma subdivisão, de acordo com o ramo do Direito em que surtem consequências. Assim, podem ser de natureza penal, quando tiverem reflexo no Direito Penal, ou de natureza extrapenal, quando, ao contrário, significarem reflexo em outro ramo do Direito.

Como efeitos secundários de natureza penal, enumeram-se: a indução à reincidência (art. 63 do CP); o impedimento, em regra, para a concessão do *sursis* e sua revogação (arts. 77, I, e 81, I, do CP); revogação, obrigatória ou facultativa, conforme o caso, do livramento condicional (arts. 86 e 87 do CP); dilação do prazo da prescrição da pretensão executória; lançamento do nome no rol de culpados (art. 110 do CP) etc.

Por outro giro, os efeitos secundários podem transcender o Direito Penal, caracterizando-se por consequências extrapenais que podem ser genéricas, ou seja, em regra aplicáveis a todas as condenações, ou específicas, possíveis apenas em condenações por alguns delitos. Acerca desses efeitos versam os arts. 91 e 92 do CP, sendo importante ressaltar que alguns deles não carecem ser declarados na sentença condenatória, enquanto outros devem.

Sobre o assunto, com muita perspicácia, Rogério Greco aduz:

"Tem-se entendido que os efeitos da condenação previstos pelo art. 91 do Código Penal são genéricos, não havendo necessidade de sua declaração expressa na sentença condenatória e que aqueles arrolados pelo art. 92 são específicos, sobre os quais o juiz deverá, motivadamente, declará-los na sentença. Tal afirmação não nos parece completamente correta, pois que, segundo entendemos, existem hipóteses do art. 91 do Código Penal nas quais o julgador deverá sobre elas motivar-se expressamente, a fim de que produza os seus efeitos legais, (...)"**[855]**.

Assim, seguindo a linha de raciocínio do autor, podem ser enumerados como efeitos genéricos da condenação (art. 91 do CP): tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (inciso I); confisco pela União de instrumentos do crime (desde que constitua fato ilícito, como porte, fabricação, alienação etc.), conforme dispõe a letra *a* do inciso II; confisco pela União do produto e do proveito do crime (produto é auferido e proveito é vantagem), conforme dispõe a letra *b* do inciso II.

No que concerne ao primeiro efeito acima enumerado, deve-se lembrar que a sentença penal condenatória transitada em julgado, nos termos do inciso II do art. 475-N da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), constitui título executivo judicial, não podendo mais ser questionada a existência do fato, conforme dispõe o art. 935 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), apta, portanto, a ser liquidada (art. 475-A do CPC), apenas para a definição do *quantum* da indenização. Considera-se efeito automático inerente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não requerendo, portanto, expressa consignação na sentença.

A perda em favor da União de instrumentos do crime, conhecida por confisco, consiste no perdimento do objeto empregado para a prática do delito (instrumento do crime) em favor da União. Para que ocorra essa situação, note-se, deve o fato tratar-se de crime, e não de contravenção penal, à literalidade do dispositivo, e, mais ainda, deve ser um objeto cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito – um automóvel, por exemplo, utilizado como instrumento de crime de homicídio doloso, não poderá sofrer o confisco, por tratar-se de objeto lícito; uma arma de fogo sem registro, utilizada para o mesmo fim, por outro lado, sofrerá esse efeito da condenação. Não há necessidade de

que venha esse efeito declarado na sentença condenatória[856]. Resguarda-se, como aduz o inciso II, o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, que não poderá sofrer essa diminuição em seu patrimônio, salvo se o fabrico, venda etc. do objeto, por si só, constituir infração penal. Exemplo muito interessante dessa situação nos traz Rogério Greco:

"(...) Suponhamos que alguém entregue sua arma de fogo em uma empresa especializada em reparações. Um empregado dessa empresa, querendo praticar um crime de roubo, a utiliza na empreitada criminosa, oportunidade em que, preso em flagrante, a arma é apreendida. Transitada em julgado a condenação, o proprietário da arma deverá vê-la restituída, pois que terceiro de boa-fé, não podendo, portanto, ser apenado indiretamente com a infração penal cometida pelo condenado"[857].

Situação semelhante ocorre com a perda em favor da União do produto do crime ou qualquer bem ou valor que constitua valor auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Deve-se esclarecer que produto do crime (*producta sceleris*) é o objeto adquirido diretamente com a perpetração do delito, por exemplo, a coisa furtada, ou desta transformada, como uma joia proveniente de ouro roubado, resultante da venda da coisa furtada ou, finalmente, criada pela própria ação delituosa, como a moeda falsa. O confisco, de notar, inclui ainda qualquer bem ou valor resultante do proveito do crime, auferido pelo agente, como a paga para que o autor pratique o homicídio[858]. Entendemos que carece ser declarado em sentença, devendo o julgador fundamentar adequadamente sua decisão, indicando os motivos e elementos de convicção que o levaram a entender o bem, como proveito do delito praticado[859]. Malgrado esse entendimento, existe construção em sentido contrário[860]. Ressalva-se, ademais, como dispõe o inciso II do art. 91, o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé.

Embora não enumerado no art. 91 do CP, costuma a doutrina apontar outro efeito secundário genérico da condenação, este previsto na Constituição Federal. Trata-se da suspensão dos direitos políticos, à luz do inciso III do art. 15 da Lei Maior, que consigna que haverá dita suspensão no caso de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, circunstância que será revertida com a extinção ou o cumprimento da pena, independentemente de

ter alcançado a reabilitação, nos termos do que dispõe a Súmula 9 do Tribunal Superior Eleitoral.

Como já indicado, os efeitos secundários também podem ser específicos, ou seja, não aplicados em todos os casos de condenação. Deles trata, em especial, o art. 92 do Código Penal.

O citado artigo enumera como efeitos secundários genéricos: a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública (art. 92, I, *a*), ou quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos (art. 92, I, *b*); a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Dispõe ainda o parágrafo único do dispositivo em comento que esses efeitos da condenação não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença, previsão que levou a doutrina majoritária a entender que os efeitos do art. 91 são automáticos, com o que, como disposto acima, discordamos.

Para alguns, esses efeitos da condenação, cuja base principal consistia nas penas acessórias, ainda são penas acessórias disfarçadas com nome menos intrigante. Nesse sentido, muito bem expõe Nucci:

"Na realidade, as antigas penas acessórias apenas ganharam melhor denominação jurídica. De fato, os efeitos do art. 92 são, como dizem Reale Júnior, Dotti, Andreucci e Pitombo, 'sanções jurídicas, visando a consequências outras que não de caráter penal. Não guardam cunho retributivo. Estão presididos pela finalidade de prevenção, na medida em que inviabilizam a manutenção de situações que propiciam a prática do fato delituoso, assim o desestimulando' (Penas e medidas de segurança no novo Código, p. 259).

Nesse prisma, ao menos teoricamente, é mais apropriado falar em 'efeitos da condenação' do que em 'penas acessórias', além de se evitar sempre a

impressão de estar o Estado conferindo ao condenado duas penalidades pelo mesmo fato – a principal e a acessória –, num abrigo ilógico para o malfadado *bis in idem*"**[861]**.

O primeiro efeito trazido pelo art. 92 é a perda de cargo público, função pública ou mandato eletivo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, não necessariamente somente em crimes funcionais, podendo ocorrer em outros crimes em que haja abuso de poder ou violação de dever. Nesse sentido, dispõe Bitencourt que essa previsão não se destina "exclusivamente aos chamados crimes funcionais (arts. 312 a 347 do CP), mas a qualquer crime que um funcionário público cometer com *violação de deveres* que a sua condição de funcionário impõe, cuja pena de prisão aplicada seja igual ou superior a um ano (...)"**[862]**.

Outro efeito é a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos.

Havendo a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, prevalece o entendimento no sentido de que não é possível a aplicação desses efeitos da condenação**[863]**.

Ao tratar dos agentes públicos, com maestria, Di Pietro aduz que, perante a Constituição de 1988, esse gênero possui quatro espécies: agentes políticos; servidores públicos; militares; particulares em colaboração com o Poder Público**[864]**. A nosso sentir, o efeito da condenação em estudo, que se refere a cargo, função ou mandato eletivo, aplica-se apenas aos agentes políticos, aos servidores públicos e aos militares, porquanto, os particulares colaboradores não podem sofrer a perda de mandato eletivo, cargo ou função pública, por não os deterem, já que simplesmente são "pessaos físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração"**[865]**, fazendo-o sob títulos diversos.

Já os agentes políticos, embora haja divergência doutrinária, como aduz Bandeira de Mello, "são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, são os ocupantes de cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua

função é a de formação da vontade superior do Estado". Para ele, são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores" **[866]**. Os agentes políticos citados, à exceção dos auxiliares imediatos, possuem mandato eletivo, nos termos constitucionais, detendo um cargo eletivo. Por óbvio que o efeito da condenação deverá respeitar a prerrogativa de foro do agente político, e. g., para o Deputado Federal, como o julgamento tomará corpo no Supremo Tribunal Federal (§ 1º do art. 53 da CF), caberá ao Pretório Excelso declarar na decisão esse efeito da condenação, conforme dispõe o inciso VI do art. 55 da Lei Maior.

Função e cargo públicos estão afetos aos servidores públicos e aos militares.

Cargo, nos dizeres de Bandeira de Mello, "são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de direito público e criadas por lei. Função Pública é aquela exercida por servidor público ou não, mas desde que realizada no interesse da Administração"**[867]**.

Por outro enfoque, as funções públicas compreendem aquelas atribuições exercidas por servidores públicos, em regra que pode ser excepcionada, sem a exata correspondência de um cargo ou emprego, em uma espécie de conceito residual, ou seja, conjunto de atribuições que não correspondam a um cargo ou emprego**[868]**.

Fazendo brevemente a distinção entre cargo e função, podemos afirmar que um Comandante-Geral de Polícia Militar, por exemplo, possui o cargo de Coronel de Polícia Militar (que coincide com os postos dos Oficiais), porém está na função de Comandante-Geral. Ser retirado da função não significa, necessariamente, perder o cargo, visto que poderá desempenhar outras funções inerentes ao posto (cargo) de Coronel de Polícia Militar.

Na atual disposição constitucional, podem compreender duas possibilidades, quais sejam, aquelas desenvolvidas por servidores temporários e aquelas de natureza permanente. Nessa linha, muito bem resume Di Pietro:

"Portanto, perante a Constituição atual, quando se fala em função, tem-se que ter em vista dois tipos de funções:

1. a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no art. 37, IX, para a qual não se exige, necessariamente, concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento (...);

2. as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; a elas se refere o art. 37, V, ao determinar, com a redação da Emenda Constitucional n. 19, que 'as funções serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento'"**[869]**.

Parece-nos adequado postular que o efeito da condenação de perda de função pública deve ficar adstrito às funções de natureza permanente, não alcançando as desenvolvidas por servidores contratados temporariamente, por um simples motivo: a precariedade da contratação torna despicienda a decretação da perda da função. *Mutatis mutandis*, parece ser esta a conclusão a que também chega Di Pietro, embora em outra espécie de afetação da função pública:

"A discussão quanto aos dois tipos de função atualmente existentes é de fundamental importância, porque há uma série de normas constitucionais que, ao fazerem referência a cargo, emprego ou função, estão-se referindo às funções de confiança e não à função temporária exercida com base no art. 37, IX. Qualquer outra interpretação seria inaceitável, por não se compatibilizar com a transitoriedade e excepcionalidade dessas contratações.

É o caso do art. 38, que prevê o afastamento do cargo, emprego ou função, para o exercício de mandato; não seria admissível que um servidor contratado temporariamente pudesse afastar-se com essa finalidade. (...)"**[870]**.

Parafraseando a autora, não parece ser admissível que o contratado temporariamente possa ter por efeito da condenação a perda do cargo ou da função pública, uma vez que a precariedade de sua contratação imporia o imediato desligamento ou exoneração.

Claro que a precariedade no desempenho do cargo também existe no caso dos cargos em comissão, porém, como sua nomeação e exoneração dependem de motivação política do nomeante, poderia ocorrer situação em que, embora tenha havido uma condenação criminal transitada em julgado, o agente político nomeante pudesse manter o condenado no desempenho de suas funções de Secretário Estadual, por exemplo, sendo pertinente que, para evitar tal conflito, o Poder Judiciário, ao lavrar a sentença, disponha sobre o efeito da condenação que se estuda.

Uma última observação é cabível no que concerne à perda de cargo de militar, a saber, a prerrogativa de foro para a perda de posto e de patente no caso dos Oficiais, nos termos do art. 142, § 3º, VI e VII, da CF, aplicável aos militares do Estado por força do § 1º do art. 42 também da Carta Maior. Sustenta-se, de forma quase uníssona, que a possibilidade de perda do cargo no caso dos Oficiais das Forças Armadas e das Forças Auxiliares não poderia ser decretada em sentença condenatória de primeira instância, e sim, mesmo nos casos de condenação por crime comum, deveria ser procedida pelo tribunal competente, ou seja, o Superior Tribunal Militar, para os Oficiais das Forças Armadas, ou os Tribunais de Justiça Militar de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, para esses três Estados, ou, ainda, nos demais Estados e no Distrito Federal, onde não existem Tribunais de Justiça Militar, pelo Tribunal de Justiça.

O inciso II do art. 92 prevê como efeito da condenação, que deve ser declarado na sentença, a incapacidade para exercício o do pátrio poder (poder familiar), tutela ou curatela, nos crimes dolosos, apenados com reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado. Frise-se, em primeiro plano, que deve tratar-se de condenação por crime (não contravenção) doloso e apenado com reclusão, devendo, ademais, ser cometido contra o filho, tutelado ou curatelado.

Entendemos que a concepção da palavra “filho” deve ser ampla, no

sentido que lhe emprega o art. 1.596 do CC, *in verbis*: "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". A tutela, por sua vez, está disciplinada nos arts. 1.728 e seguintes do Código Civil, já os arts. 1.676 e seguintes do mesmo diploma legal tratam da curatela.

Finalmente, o inciso III do art. 92 do CP dispõe ser efeito secundário específico da condenação, a ser declarado na sentença, a inabilitação para dirigir veículo, desde que seja na prática de crime doloso, utilizando o veículo automotor como instrumento. Não se pode confundir esse efeito com a sanção de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, prevista em alguns tipos penais do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) e de forma genérica no art. 296 do mesmo diploma, segundo o qual essa penalidade pode, se o réu for reincidente na prática de crime previsto no Código de Trânsito, ser aplicada pelo juiz sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis, configurando-se, a nosso ver, outro efeito específico da condenação, agora previso em legislação extravagante ao CP. Note-se que, por exemplo, se houver a prática de um crime de homicídio culposo na condução de veículo automotor, incidem as disposições do CTB, aplicando-se a pena principal de suspensão ou proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, segundo dispõe o art. 302 desse Código, não se aplicando o efeito da condenação do inciso III do art. 92 do CP. Por outro lado, caso o crime seja de homicídio doloso, tendo o automóvel como instrumento, o efeito da condenação em estudo pode ser decretado na sentença condenatória.

Os efeitos secundários específicos da condenação podem ainda encontrar respaldo em legislações extravagantes ao CP, além do já citado Código de Trânsito Brasileiro (art. 296). Podem ser citados como exemplo a perda do cargo ou função pública no caso de delito de racismo praticado por servidor público (art. 16 da Lei n. 7.716/89), a destruição de bens produzidos ou reproduzidos e o perdimento em favor da Fazenda Nacional de bens apreendidos nos crimes contra a propriedade imaterial (art. 530-G do CPP) etc.

No Código Penal Militar, os efeitos da condenação, tratados no art. 109, possuem similar previsão no art. 91 do CP.

Assim, também podemos asseverar que, advindo uma condenação penal militar irrecorrível, o condenado passará a sofrer as consequências do injusto típico praticado, naquilo que se denomina efeitos da condenação criminal, efeitos que podem ser principais – obrigação de cumprir, de submeter-se à execução da pena – ou secundários, os quais podem ser de natureza penal e extrapenal, de acordo com o ramo do Direito em que surtem consequências.

Como efeitos secundários da condenação penal militar também podemos enumerar: a indução à reincidência (art. 71 do CPM); o impedimento, em regra, para a concessão do *sursis* e sua revogação (arts. 84, I, e 86, I, do CPM); revogação, obrigatória ou facultativa, conforme o caso, do livramento condicional (art. 93 do CPM) etc.

Os efeitos secundários, como vimos, podem transcender o Direito Penal Militar, caracterizando-se por consequências extrapenais, que no CPM comportam apenas a possibilidade de serem genéricos no art. 109, visto que os efeitos específicos da condenação, no Código Castrense, ainda estão rotulados como penas acessórias.

O artigo mencionado no inciso I dispõe sobre o efeito de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, enquanto no inciso II dispõe sobre o confisco pela União de instrumentos do crime (desde que constituam fato ilícito, como porte, fabricação, alienação etc.) e do produto ou proveito do crime, valendo todos os comentários feitos acima para o Direito Penal comum, inclusive com a nossa visão de que o confisco do proveito do crime requer fundamentação na sentença de sorte a indicar os elementos de convicção que levou à seleção dos bens confiscados, bem como com as observações feitas sobre a obrigação de reparação do dano em face do Código Civil e do Código de Processo Civil, constituindo a sentença penal militar condenatória, transitada em julgado em título executivo judicial, sujeito apenas à liquidação para a definição do valor a ser composto.

Como acima indicado, há outras consequências mais específicas do delito, porém estão sob a forma de penas acessórias, e não de efeitos da condenação. Delas não nos ocuparemos por fugir do escopo desta obra, mas é importante anotar que algumas, embora tenham o rótulo de "penas acessórias"

no art. 108 do CPM, ganharam por força constitucional a caracterização de efeitos da condenação, como a suspensão dos direitos políticos e a perda do posto e da patente.

9. AÇÃO PENAL

9.1. Introdução

Como se sabe, desde há muito o Estado avocou para si a possibilidade de reprimir as condutas criminosas, afastando, vez por todas, a vindita privada. Mantém-se, assim, um monopólio punitivo, alocado nas mãos do Estado, que, porém, somente poderá colocá-lo em marcha por um escorreito processo, consubstanciado na lei (*due process of law*), sem o qual toda e qualquer punição torna-se ilegal. Nesse processo, por exemplo, garante-se a ampla defesa e o contraditório, essenciais para o exercício do direito de punir.

Esse processo penal, também é muito importante consignar, vem em franca caminhada em direção ao garantismo, de sorte que sua atual conceituação é muito mais matizada com enfoque na defesa do cidadão que no direito de punir que tem o Estado.

Nesse sentido, com precisão ímpar, detectou Scarance:

"Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais, tendo o Brasil, segundo José Afonso da Silva, sido o primeiro a introduzir normas desse teor. Alem disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os

direitos básicos do indivíduo”[871].

Com efeito, como muito bem indica o autor supracitado, o processo penal sofre um giro garantístico, muitas vezes sendo obrigado o intérprete da lei penal a deixar a singela literalidade da lei processual para aplicar consagrados vetores de tutela de direitos individuais, previstos na Constituição Federal ou em tratados internacionais.

Note-se, entretanto, que o processo penal, apesar de ser o meio hábil à aplicação da sanção penal, não é o início da persecução do delito, iniciando-se esta, em regra, com um procedimento apuratório, de característica inquisitória, formado no seio da polícia judiciária. Esse procedimento (inquérito policial, auto de prisão em flagrante delito etc.), deve-se ressaltar, não é indispensável à instauração do processo-crime, sendo possível sua substituição por qualquer meio hábil a indicar a autoria e a materialidade de um fato, em tese, configurador de crime (sindicância, relatório de comissões parlamentares de inquérito etc.).

Frise-se, portanto, que o processo caracteriza-se em uma segunda fase da *persecutio criminis*[872].

Com precisas palavras, Tourinho Filho ensina:

“... em determinado momento histórico, o Estado chamou a si a tarefa de administrar a justiça, fazendo-o por meio do processo, verdadeiro ‘substitutivo civilizado da vingança privada’. O Estado, então, passou a ser o detentor do monopólio da administração da justiça. É certo que não proibiu, terminantemente, as outras formas compositivas de litígios, como a ‘autodefesa’ e a ‘autocomposição’. Esta é, até, muito comum em conflitos que surgem no campo extrapenal, quando em jogo interesses disponíveis. Também a ‘autodefesa’ não foi de todo excluída. Todavia ‘autodefesa’ e ‘autocomposição’ são excepcionais formas de resolução de litígio. Na primeira há a imposição da decisão por uma das partes à outra e, na segunda (que equivale à solução ou resolução), a decisão do litígio é obtida pelas próprias partes, contrastando, assim, com o ‘processo’, em que a resolução da lide é decretada, de maneira imparcial, pelo Juiz. Se encararmos essas estranhas formas compositivas de litígio como um meio excepcional de se aplicar a *sanctio juris* ao culpado, podemos asseverar serem elas estranhas ao campo penal. O *nulla poena sine judice* e o *nulla poena*

sine judicio são dogmas constitucionais que coíbem e cerceiam a possibilidade, ainda que remota, de se infligir uma *sanctio juris* penal, senão por meio do Estado-juiz, com a observância das normas processuais. Mesmo nos delitos de alçada privada, em que, por motivos vários, se comete ao próprio ofendido o *jus accusationis*, não se concebe uma 'autocomposição', com o sentido de as partes ajustarem a pena a ser imposta"**[873]**.

O processo-crime, como todo processo judicial, deve ser iniciado por uma peça exordial, dotada de elementos tais que demonstrem os indícios verificados acerca do delito. Em regra, o poder de iniciar o processo criminal é característico do Ministério Público, nos termos do inciso I do art. 129 da Constituição Federal, em pleno exercício de sua função de *dominus litis* (dono da ação penal). Casos há, entretanto, em que a iniciativa não está nas mãos do *Parquet*, sendo essa prerrogativa conferida ao ofendido ou ao seu representante legal.

O exercício da ação penal pelo particular, adverte Bitencourt, não caracteriza um retorno à vingança privada, uma vez que o que foi facultado ao cidadão foi apenas a iniciativa da ação penal e o funcionamento no processo, faculdade que se esgota quando da sentença penal condenatória irrecorrível, marcando o momento em que o Estado reassume a lide, já que somente ele, o Estado, detém o *jus puniendi***[874]**.

Em resumo, destarte, estudar a ação penal, à luz do Direito Penal, significa entender as diferenças marcantes no tocante à iniciativa do processo-crime, com alguns desdobramentos no curso processual.

9.2. Condições da ação

No estudo da Teoria Geral do Processo, em especial ao abordar a ação, costuma-se indicar que o curso processual somente terá seguimento se cabível o início da ação, que deverá satisfazer algumas condições. São condições da ação a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Sem a presença delas não se poderá exigir, na espécie, o provimento

jurisdicional.

Não é diferente a compreensão no estudo da ação penal.

Como bem anotam Cintra, Grinover e Dinamarco, do "mesmo modo que a ação civil, a penal está sujeita a condições. Em princípio, trata-se das mesmas acima; mas a doutrina costuma acrescentar, às genéricas, outras condições que considera específicas para o processo penal e que denomina *condições específicas de procedibilidade* (exemplo: representação e requisição do Ministro da Justiça, na ação penal pública condicionada)"**[875]**.

Com efeito, a ação penal, para ser admitida, deve apresentar as condições genéricas supracitadas, mas também haverá de apresentar condições específicas, conforme a espécie de ação penal, como a requisição do Ministro da Justiça na ação penal pública condicionada ou mesmo a reversão ou reinclusão do desertor na ação penal afeta ao crime do art. 187 do Código Penal Militar.

A possibilidade jurídica do pedido constitui a base primeira a dar sustentação à ação penal, porquanto, se inviável à luz do Direito o que se pleiteia com a ação, não haverá sequer apreciação pelo Poder Judiciário, já que, *a priori*, o pedido está excluído pelo ordenamento jurídico. No âmbito penal, costuma-se enumerar como exemplo de impossibilidade jurídica do pedido a ação penal desencadeada em face de um fato atípico, não configurador de infração penal**[876]**.

Também há a ação penal que preencher a condição do interesse de agir, traduzindo-se na ação penal pela constatação, a princípio, de indícios de autoria e de materialidade e sem que se opere uma causa de extinção de punibilidade, como a prescrição. A inexistência do interesse de agir importa em falta de justa causa para a ação penal, não podendo ela ter curso.

Em outros termos, é preciso que a prestação jurisdicional seja necessária e adequada.

Necessária porque a ação seria a única forma de obtenção de satisfação do direito pretendido, não sendo possível essa plenitude sem a intervenção do Estado-juiz. Como vimos anteriormente nas palavras de Tourinho Filho, no processo penal afastam-se a autotutela e a autocomposição, sendo a

ação penal o único meio possível a alcançar o bom termo do litígio instalado. Dessa forma, a necessidade, ao menos na ação penal, não se configura caminho para a aferição do interesse de agir, porquanto sempre presente na ação penal. Essa concepção, por outro bordo, deve ser substituída pela concepção de **utilidade** da ação penal, ou seja, é necessário verificar se ela ainda possui razão útil para ser movida. Essa concepção, como veremos, é o ponto de partida para a aceitação de uma prescrição virtual ou antecipada.

Adequação, por sua vez, "é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser"**[877]**. No caso da ação penal, em face de um delito praticado, o autor da ação, seja o órgão do Ministério Público, seja o ofendido (ou quem o suceda ou o represente), busca a correção do mal causado, ainda que inconscientemente ingressando nos fundamentos e finalidades da pena, utilizando-se da ação penal, instrumento propício para tal mister, portanto adequado.

Por derradeiro, como condição geral da ação penal, deve-se encontrar a legitimidade *ad causam*, ou seja, a ação deve ser proposta por quem de direito e contra aquele que deva figurar no polo passivo por ter praticado o fato subsumido como infração penal. Na ação penal pública, a propositura, em regra, deve ser desencadeada pelo órgão do *Parquet*, salvo nos casos de ação penal privada subsidiária, como veremos abaixo. No caso da ação penal privada, por outro enfoque, a inauguração do processo pela propositura da ação penal está a cargo do ofendido ou por seu representante legal. Note-se que nesse segundo caso, bem como na ação penal popular, diversamente do que em regra acontece no processo civil, o indivíduo postula em nome próprio mas em defesa de um direito que não lhe pertence, porquanto o *jus punitionis* é monopólio do Estado.

No polo passivo, por fim, deve figurar o autor do fato considerado ilícito penal, desde que seja maior de 18 anos, ressaltando, mais uma vez, que os arts. 50 e 51 do Código Penal Militar não foram recepcionados totalmente pelo art. 228 da Constituição Federal.

9.3. Espécies de ação penal do Direito Penal comum

Como aponta Scarance, são "várias as formas de classificação da ação penal condenatória, mas a que mais influi nos estudos do processo penal é a que está assentada na diversidade do titular do direito de ação. Segundo esse critério, são três as espécies de ação penal condenatória: ação penal pública, ação penal privada e ação penal popular – desta não nos ocuparemos por não interessar ao ponto fulcral do trabalho. Na primeira, o titular é o Estado; na segunda, é o ofendido, seu representante legal ou sucessores; e, na última, é qualquer pessoa do povo.

Sob essa visão é que buscaremos entender as espécies de ação penal do Direito Penal comum, sem a profundidade de um estudo voltado ao processo penal, porquanto fugiria ao escopo desta obra.

9.3.1. Ação penal pública

Ação penal pública, em largas palavras, é aquela em que a titularidade repousa sobre o órgão oficial acusador, o Ministério Público, o único com capacidade para a promoção da ação criminal em face do Poder Judiciário, utilizando-se do instrumento processual denominado denúncia.

Apresenta-se sob as modalidades incondicionada e condicionada, e possui por princípios a oficialidade, a indisponibilidade, a obrigatoriedade e a indivisibilidade.

O princípio da **oficialidade** traduz-se pelo fato de haver um órgão oficial com titularidade para a propositura da ação penal, ou seja, o Ministério Público, a cujo representante, nos termos do inciso I do art. 129 da CF, compete privativamente a propositura da ação penal pública (*dominus litis)*. Não pode o ofendido, dessa forma, iniciar a ação penal nesses crimes, salvo em situações em que o órgão oficial quedar-se inerte, quando o ofendido poderá suprir essa inércia promovendo a ação penal privada subsidiária, que veremos adiante.

É **indisponível** porquanto, oferecida a denúncia, o órgão do *Parquet* não pode desistir da ação penal, o que não significa que não possa, no curso do processo e em momento oportuno para tanto, postular a absolvição do acusado,

pois, além de *dominus litis*, é também *custos legis*.

Tem ainda por princípio a **obrigatoriedade**, já que havendo os indícios de autoria e materialidade e preenchida a condição de procedibilidade da representação ou da requisição, no caso da ação penal pública condicionada, o Ministério Público é obrigado a oferecer a denúncia. Por óbvio que esse princípio está sendo cada vez mais mitigado, por exemplo, nos casos de transação penal referente ao procedimento sumaríssimo (sumariíssimo, nos termos da lei), em que o órgão do Ministério Público poderá, havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099, de 26-9-1995, propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

Por fim, também se sustenta que a ação penal pública é **indivisível**, ou seja, ao denunciar o Ministério Público não pode escolher os autores; deve denunciar todos aqueles que praticaram a infração penal**[878]**. Há, no entanto, entendimento em sentido oposto, ou seja, de que a indivisibilidade somente faz sentido na ação penal privada, em que vigora o princípio da conveniência, e não da obrigatoriedade, podendo o ofendido decidir por iniciar ou não o processo penal, mas se decidir oferecer a queixa-crime, deverá abarcar todos os autores, sem possibilidade de escolha e divisão. A vigência da característica da obrigatoriedade na ação penal pública afastaria, nessa lógica, a discussão da indivisibilidade.

No sentido de vigorar a característica da indivisibilidade na ação penal pública, por todos, *vide* Tourinho Filho:

“A ação penal, seja pública, seja privada, é indivisível, no sentido de que abrange todos aqueles que cometeram a infração. Quanto à ação privada, há, a respeito, texto expresso (CPP, art. 48). E isso por uma razão muito simples: se a propositura da ação penal constitui um dever, é claro que o Promotor não pode escolher em relação a quem deva ela ser proposta. Ela deve ser proposta em relação a todos aqueles que cometeram a infração (*nec delicta maneant impunita*)”**[879]**.

9.3.1.1. Ação penal pública incondicionada (ou absoluta)

Trata-se da ação penal em que o "órgão do Ministério Público a propõe sem que haja manifestação de vontade de quem quer que seja. Desde que provado o crime, quer *a parte objecti*, quer *a parte subjecti*, o órgão do Ministério Público deve promover a ação penal, sendo até irrelevante contrária manifestação de vontade do ofendido ou de quem quer que seja"**[880]**. Constitui regra geral adotada pelo Código Penal, equivalendo dizer que todo crime em que não haja expressa previsão acerca da ação penal será de ação penal pública incondicionada. Ex.: art. 121 do Código Penal – homicídio.

9.3.1.2. Ação penal pública condicionada

A ação penal pública condicionada também possui como titular o Ministério Público, porém, para que esse órgão possa iniciar a ação penal, necessita da satisfação de uma condição de procedibilidade, que pode ser a representação do ofendido, ou de quem o represente, ou a requisição do Ministro da Justiça. Temos aqui outra condição da ação penal, agora não mais genérica, mas específica para a ação penal condicionada.

Identifica-se essa espécie de ação no próprio texto do Código Penal, verificando-se que o legislador consignou na letra da lei expressões nesse sentido. Como exemplo, tome-se o crime de estupro (art. 213 do CP), que, com o advento da Lei n. 12.015, de 7-8-2009, passou a ser, em regra, condicionado à representação do ofendido ou de seu representante legal (art. 225 do CP). Outro exemplo, agora atrelado à requisição, está nos crimes contra a honra do Presidente da República, cuja propositura da ação penal depende de requisição do Ministro da Justiça, nos termos do parágrafo único do art. 145 do CP.

Vejamos, então, as peculiaridades que envolvem a representação e a requisição.

9.3.1.2.1. *Representação do ofendido ou de seu representante legal*

Como muito bem anota Bitencourt, em certos casos o Estado pode atribuir a condição para a iniciativa da ação penal ao ofendido (ou quem possa, por permissão legal, representá-lo) por entender que poderá ele preferir suportar a lesão sofrida a expor-se nos tribunais**[881]**. Há em verdade um conflito entre o

interesse pertinente ao Estado em perseguir o delito e o pertinente ao cidadão em não ter sua vida exposta.

Caso o ofendido morra ou seja declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (§ 1º do art. 24 do CPP), considerados representantes legais.

A manifestação do ofendido ou de seu representante legal no sentido de ver o autor do fato processado criminalmente é condensada na representação (*delatio criminis* postulatória), que não possui forma prescrita em lei, bastando que haja a expressa e inequívoca manifestação, podendo, dessa forma, estar contida em petição, requerimento, termo de declarações etc., pessoalmente ou por procurador com poderes especiais. Pode, inclusive, ser manifestada oralmente, quando, então, será reduzida a termo. Não vincula a atuação do Ministério Público, que terá autonomia na formação da *opinio delicti*, podendo, embora haja representação, promover, por exemplo, o arquivamento do inquérito.

A representação, nos termos do art. 38 do CPP, deverá ser exercida no prazo de seis meses, contados do conhecimento pelo ofendido (ou pelo seu representante legal) do autor do fato criminoso.

Caso o ofendido seja incapaz civilmente (ex.: menor de 18 anos pela nova disposição do art. 5º da Lei n. 10.406, de 10-1-2002, Código Civil**[882]**) e não indique a qualificação do autor do fato ao representante legal, o termo inicial do prazo decadencial será o dia da aquisição da capacidade civil. Dessa forma, note-se, é possível ocorrer a prescrição do crime antes de se operar a decadência para o oferecimento da representação.

Embora referente à queixa-crime, por aplicação extensiva permitida pelo art. 3º do CPP, é possível estender à representação a regra do art. 33 do mesmo Código, segundo a qual se o ofendido for menor de 18 anos de idade, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal**[883]**.

Quando o prazo decadencial é iniciado para o representante legal do ofendido e este alcança a capacidade nesse interregno, o restante do prazo decadencial passa a fruir para o ofendido. Como exemplo, tomemos o caso de o ofendido possuir 17 anos de idade e sofrer lesão corporal leve um mês antes de completar os 18 anos, indicando ao seu pai, no mesmo dia da agressão, quem foi o autor do fato; nesse caso, embora o prazo decadencial tenha sido iniciado para o pai do ofendido, um mês depois, o restante do prazo passará para o ofendido, agora civilmente capaz, podendo inclusive utilizar-se da retratação até o oferecimento da denúncia.

O curso do prazo decadencial não admite interrupção ou suspensão. Findo o prazo de seis meses, não manifestando o ofendido capaz civilmente (ou seu representante legal) a vontade inequívoca de ver processado o autor da infração, operar-se-á a decadência, instituto que, nos termos do inciso IV do art. 107 do CP, leva à extinção da punibilidade.

Uma vez oferecida a representação, o legitimado pode retratar-se até o oferecimento da denúncia, ou seja, até que o Ministério Público ofereça a denúncia**[884]**, pois, conforme se infere do art. 25 do CPP, o ofendido (ou representante legal) poderá arrepender-se e manifestar-se em sentido oposto ao que consignou anteriormente, expressando sua vontade livre e inequívoca de *não* desejar que o autor do fato suporte o ônus de um processo-crime. Após o oferecimento da denúncia não haverá mais a possibilidade de retorno, não sendo admitido o perdão como forma de obstar a persecução do delito, cabível apenas nos crimes de ação privada.

É possível, ainda, a retratação da retratação, desde que dentro do prazo decadencial. Em outras palavras, o legitimado que ofereceu representação, retratou-se e se arrependeu, poderá manifestar seu novo desejo de processar o autor, desde que não tenham decorrido mais de seis meses do conhecimento da autoria pelo ofendido (ou representante legal). Nesse sentido, afirma Mougenot:

"A doutrina majoritária entende, ainda, ser possível a retratação da retratação (ou a revogação da retratação). Nesse caso, basta que o ofendido ofereça nova representação, após haver-se retratado, para que possa prosseguir a persecução penal (desde que não expirado o prazo decadencial

correspondente)"[885].

Anote-se, por derradeiro, que não se admite a renúncia tácita (presumida) nos crimes de ação pública condicionada à representação, exceto quanto aos crimes de menor potencial ofensivo, especificamente nos casos de homologação de composição cível, nos termos do parágrafo único do art. 74 da Lei n. 9.099/95.

9.3.1.2.2. *Requisição do Ministro da Justiça*

Em casos bem restritos, o Código Penal estabelece como condição de procedibilidade não a representação, mas a requisição do Ministro da Justiça, possuindo também a natureza jurídica de condição de procedibilidade específica para a ação pública condicionada, que também não vincula, a exemplo da representação, a atuação do órgão do Ministério Público.

Resumem-se esses crimes àqueles praticados por estrangeiros, contra brasileiros, fora do Brasil (art. 7º, § 3º, do CP) e os já citados crimes contra a honra do Presidente da República e de Chefe de Estado estrangeiro (arts. 141 e 145, parágrafo único, 2ª parte, do CP).

Anota Bitencourt, aproveitando o magistério de Hélio Tornaghi, que a requisição do Ministro da Justiça é irretratável, mesmo antes do oferecimento da denúncia[886]. Todavia, há corrente em sentido oposto, ou seja, entendendo que é possível a retratação, conforme muito bem expõe Mougenot:

"Quanto à possibilidade de retratação da requisição, a doutrina divide-se em duas correntes. Há os que defendem a possibilidade de retratação, aplicando-se por analogia, nesse caso, os dispositivos referentes à retratação da representação. Outros, ao contrário, entendem que a retratação não é possível, por inexistir expressa disposição legal acerca da possibilidade de retratação da requisição, não havendo, no caso, possibilidade de analogia com os dispositivos legais referentes à representação em face da diferença essencial entre esta e a requisição, ato político de autoridade do Estado que é o Ministro da Justiça"[887].

Por derradeiro, cumpre pontuar que no caso da requisição do Ministro da Justiça não há prazo decadencial; pode ela ser efetuada por ofício endereçado

ao Ministério Público Federal, a qualquer tempo, desde que o crime não tenha sido alcançado pela prescrição[888].

9.3.2. Ação penal privada. modalidades

Como já mencionado, em regra a ação penal é promovida pelo órgão oficial de acusação, o Ministério Público, por seu representante (princípio da oficialidade, constante na ação penal pública). Todavia, em determinados casos, permite-se que a iniciativa da ação penal seja do ofendido ou, na impossibilidade deste, por seu representante legal. Trata-se da ação penal privada, em que a titularidade repousa sobre o ofendido ou seu representante legal, sendo estes os legitimados a promover a ação criminal em face do Poder Judiciário, utilizando-se do instrumento processual denominado queixa-crime (*queixa criminis*). Em outra possibilidade, em face da inércia do órgão do Ministério Público, poderá o ofendido substituí-lo na promoção da ação penal pública, consagrando-se a ação penal privada subsidiária. Duas são as possibilidades de ação penal privada: exclusiva e subsidiária da pública.

9.3.2.1. Ação penal privada exclusiva

Por exceção, o legislador penal entendeu que em alguns delitos a iniciativa do processo-crime deveria ficar garantida, como faculdade e direito, à provocação do ofendido, que, como já dito, iniciará a persecução processual pela queixa-crime.

Nesses casos, o legislador considerou que o direito da vítima é superior ao da coletividade, atribuindo àquela a faculdade privativa, exclusiva, de promover a ação penal, por queixa-crime. O Ministério Público atuará não como titular da ação penal (*dominus litis*), mas apenas como fiscal da lei (*custos legis*).

Muito fácil é reconhecer os delitos que se processam mediante queixa, uma vez que o Código Penal, como já assinalado, consigna essa circunstância no próprio tipo penal, ou em previsões genéricas afetas a capítulos (ex.: art. 145 e o já mencionado art. 225, com a novel introdução trazida pela Lei n. 12.015/2009).

Contrapondo-se à ação penal pública, em que vige o princípio da

obrigatoriedade, a ação penal privada exclusiva caracteriza-se pelos princípios da oportunidade (ou conveniência), da disponibilidade, da intranscendência e da indivisibilidade. Obviamente, não apresenta o princípio da oficialidade, porquanto não há órgão oficial de acusação a promover a ação perante o Poder Judiciário.

Diz-se viger na ação penal privada o princípio da **oportunidade** porque, mesmo diante de indícios de materialidade e conhecendo a autoria, o legitimado a propor a ação (ofendido ou seu representante legal) poderá optar por não iniciar o curso processual pela queixa-crime, por entender não ser conveniente. Pode, inclusive, renunciar ao direito de exercer a ação penal. A renúncia ao direito de queixa, note-se, é causa de extinção da punibilidade, nos termos do inciso III do art. 107 do Código Penal Comum.

Também em contrapartida à ação penal pública, na ação penal privada, uma vez promovida a queixa-crime, o ofendido poderá transigir da continuidade do processo, ou seja, poderá desistir do curso processual, consagrando-se o princípio da **disponibilidade**. Tal possibilidade verificar-se-á nos institutos do perdão do ofendido e da perempção, próprios da ação penal privada exclusiva. Note-se que esses institutos também são causas de extinção da punibilidade, nos termos dos incisos III e IV do art. 107 do Código Penal Comum, lembrando que no caso do perdão do ofendido a extinção da punibilidade se dá com a aceitação do perdão pelo querelado.

Outro princípio enumerado para a ação penal privada é o da **intranscendência**, segundo o qual "não pode a ação penal privada atingir pessoas estranhas à autoria do fato, alcançando tão somente os autores, coautores e partícipes da infração penal"**[889]**.

Por fim, na ação penal privada sustenta-se o princípio da **indivisibilidade**. Como a ação penal privada atende ao princípio da oportunidade, é importante que lhe faça par este outro princípio, sedimentando que o ofendido não é obrigado a intentar a queixa-crime, mas, se o fizer, não poderá escolher aquele que deseja ver processado, mas sim processar todos os autores e partícipes do delito, nos termos do art. 48 do CPP.

Discute-se muito sobre qual seria a consequência da não observância da indivisibilidade na ação penal privada, havendo posição majoritária, com a

qual concordamos, no sentido de que haveria a renúncia ao direito de queixa em relação àqueles que não figuraram na peça inaugural (queixa-crime). Ocorre que, como a renúncia importa em causa extintiva da punibilidade, aproveitará, nos termos do art. 49 do CPP, a todos os que praticaram o delito, inclusive aqueles enumerados na queixa-crime. Mas há outros posicionamentos sobre a questão, marcando uma divergência doutrinária e jurisprudencial bem apontada por Mougenot, que, por sinal, não concorda com a visão mojoritária:

"Desrespeitado o princípio da indivisibilidade, deve o Ministério Público, como fiscal da lei, agir para que sejam processados todos os infratores. A doutrina e a jurisprudência divergem, nesse ponto, acerca da possibilidade de que o Ministério Público venha a aditar a queixa para incluir os autores indevidamente excluídos da lide. Sobre essa questão, existem três posições:

a) Para alguns, o membro do *parquet,* cumprindo *ex officio* seu dever de agir como fiscal da lei, deverá aditar a peça acusatória, de forma a incluir os agentes que haviam sido omitidos.

b) Para outros, o aditamento da queixa por parte do Ministério Público representa usurpação ao direito de ação, que no caso específico da ação penal privada, cabe exclusivamente ao particular. Dessa forma, seria vedado ao órgão do *parquet* aditar a queixa para nela incluir outros coautores ou partícipes. Para os adeptos desse entendimento, portanto, a omissão do autor da ação em incluir esses coautores ou partícipes deverá ser interpretada como exercício de renúncia em relação a eles. Ocorre, entretanto, que, por força do mencionado no art. 49 do Código de Processo Penal, a renúncia exercida em face de uns necessariamente aproveita aos demais, de modo que a hipótese redundaria em renúncia do querelante com relação a todos os coautores ou partícipes, equivalendo, em seus efeitos, em renúncia da ação penal como um todo.

c) Finalmente, uma terceira corrente, posicionando-se entre as duas anteriores, defende que, muito embora seja vedado ao membro do *parquet* substituir-se ao ofendido para incluir os outros autores, existe a possibilidade de que o representante do Ministério Público, ao deparar-se com a situação de que um ou mais agentes tenham sido omitidos pelo querelante, suscite a ocorrência da omissão, de modo a abrir a oportunidade para que o querelante proceda,

desejando, ao seu aditamento. Somente a recusa do querelante em proceder, por conta própria, ao aditamento da queixa consubstanciar-se-ia em renúncia ao direito de queixa, nos termos do art. 49 do Código de Processo Penal”**[890]**.

9.3.2.1.1. *Queixa-crime*

A queixa-crime deve ser subscrita por pessoa com capacidade postulatória, representando os interesses do ofendido ou de seu representante legal. O ofendido, com o oferecimento da queixa-crime, passará a ser designado como querelante, enquanto o autor do fato, contra quem se move a ação penal privada, será denominado querelado.

Podem atuar como representantes legais do ofendido as mesmas pessoas enumeradas para a formulação da representação na ação penal pública condicionada, ou seja, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 31 do CP) e, em casos de ofendido menor de 18 anos de idade, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, que não tenha representante legal, ou em que colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal (art. 33 do CPP). Exceção a essas regras está na ação penal privada personalíssima, que somente pode ser intentada pelo ofendido, implicando sua morte, por exemplo, a extinção da punibilidade. O exemplo de ação penal privada personalíssima está no crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento para casamento, previsto no art. 236 do Código Penal.

Também não há forma prescrita em lei, podendo-se, no entanto, afirmar que, para ser recebida, a queixa-crime deve conter requisitos materiais (peças informativas da autoria e da materialidade do fato criminoso) e formais (qualificação dos envolvidos, exposição do fato, rol de testemunhas etc.)**[891]**.

A queixa, a exemplo da representação, deve ser ofertada em prazo determinado, sob pena de decadência. O prazo para esse exercício é de seis meses, também contados do conhecimento do autor do fato, sendo aqui propícias igualmente as considerações exemplificativas para o ofendido incapaz, que vimos ao tratar da representação.

Exceção a esse prazo e ao termo inicial verifica-se na ação penal privada personalíssima, acima mencionada, porquanto o parágrafo único do art. 236 do CP, dispõe que a ação penal no crime de induzimento a erro essencial depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão **depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento**.

Existiam outras exceções para a compreensão desse prazo, a saber, no caso do crime de adultério (art. 240 do CP) e dos crimes definidos na Lei n. 5.250/67, a denominada Lei de Imprensa. No entanto, o delito de adultério, cujo prazo para oferecimento da queixa-crime era de um mês, foi atingido pela *abolitio criminis* com o advento da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005. No que se refere à Lei de Imprensa, cujo prazo para oferecimento da queixa-crime, nos termos do § 1º do seu art. 41, era de três meses a contar da publicação ou transmissão da ofensa à honra, decisão do Supremo Tribunal Federal, datada de 30 de abril de 2009, considerou a referida lei inconstitucional, por votação majoritária de 7 a 4, não mais remanescendo essa exceção para o prazo decadencial.

9.3.2.1.2. *Renúncia*

O direito de iniciar a ação penal pela queixa-crime pode ser renunciado. Essa renúncia, ato unilateral que não depende da aceitação do autor do fato, pode ser expressa ou tácita e deve ser exercida, obviamente, antes do curso da ação penal, ou seja, oferecida a queixa-crime, não mais é possível a renúncia, mas apenas se dispor da ação penal pelo perdão ou pela perempção.

Será expressa, nos termos do art. 50 do Código de Processo Penal, quando constar de declaração subscrita pelo ofendido, seu representante legal ou procurador com poderes especiais. Será tácita quando houver a prática de ato que denote essa renúncia, um ato incompatível com a vontade de oferecer a queixa, a exemplo de convidar o autor para ser padrinho de batismo do filho, para jantar em sua residência etc.

Em caso de concurso de pessoas, o fato de o ofendido apenas apresentar a queixa-crime contra um dos agentes, como já consignado,

redundará, pela visão majoritária, na renúncia em relação a todos, em observância à indivisibilidade da ação. Exceção a essa regra está na já citada Lei n. 9.099/95, cujo parágrafo único do art.74 leva ao entendimento de que, na ação penal privada ou pública condicionada à representação, o acordo civil homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação apenas para aquele que promoveu a composição do dano, salvo se esta foi integral**[892]**.

9.3.2.1.3. *Perdão do ofendido*

Oferecida a queixa-crime, como dito, não será mais possível sua renúncia. A renúncia, por ser ato pré-processual, somente pode ser efetivada até o oferecimento da queixa-crime, enquanto o perdão somente poderá ser efetivado na fase processual, do oferecimento da queixa-crime até a sentença condenatória irrecorrível.

Entretanto, já em curso o processo-crime, o querelante poderá desistir da persecução. Para fazer valer sua vontade, deverá ele lançar mão do instituto do perdão do ofendido, que não se confunde com o perdão judicial, este compreendido como um "instituto através do qual a lei possibilita ao juiz deixar de aplicar a pena diante da existência de determinadas circunstâncias, expressamente determinadas"**[893]**.

O perdão do ofendido, diferentemente da renúncia à queixa-crime, é ato bilateral, ou seja, para surtir o efeito legal de extinguir o processo e, por consequência, a punibilidade, deverá ser aceito pelo querelado.

Também não há formalidade legal para o perdão; basta que haja a manifestação do querelante e o aceite do querelado.

Pode, a exemplo da renúncia à queixa, ser expresso ou tácito, sendo aproveitados os mesmos esclarecimentos feitos quando tratamos da renúncia.

O perdão para um dos querelados poderá alcançar, em crimes praticados em concurso, aos demais querelados, desde que aceitem o perdão. Por outro lado, se houver mais de um querelante, o perdão concedido por um deles não obsta que os demais prossigam na ação penal.

9.3.2.2. Ação penal privada subsidiária da pública

Espécie *sui generis* de ação penal privada, como o próprio nome atesta, a ação penal privada subsidiária da pública deve tomar corpo em face da inércia do órgão oficial de acusação. Encontra arrimo não na lei processual penal, mas sim na Constituição Federal, exatamente no inciso LIX do art. 5º ("será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal").

Em outros termos, somente será cabível a ação penal privada subsidiária da pública quando o Ministério Público quedar-se inerte e não oferecer a denúncia, nos crimes de ação penal pública, no prazo legal. Frise-se que, se em vez de denunciar o Ministério Público adotar outra providência, como promover o arquivamento do inquérito, não será constatada a inércia do órgão ministerial, requisito sem o qual não caberá a ação penal privada subsidiária.

Em regra, o *Parquet* possui cinco dias para a denúncia contra réu preso e quinze dias para réu solto, o que pode ser excepcionado por norma específica, como no caso da Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965 ("Lei de Abuso de Autoridade"), e da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 ("Lei Antidrogas"), em que o prazo é de dez dias. Findo esses prazos e verificando-se a inércia do Ministério Público, poderá o réu suprir a falha apresentando a queixa-crime.

Há também o prazo decadencial de seis meses para o oferecimento da queixa-crime no caso em estudo; contudo, o termo inicial não será a data do conhecimento do autor do fato, mas o fim do prazo para a ação ministerial. Ressalte-se que, operada a decadência, o Ministério Público poderá intentar a ação penal, desde que não tenha havido a prescrição. Essa decadência, todavia, não importa em extinção da punibilidade, mas apenas na perda do direito de ofertar a queixa-crime.

Nos casos que impliquem desistência do querelante, é adequado sustentar que o Ministério Público retomará a ação penal, que, lembre-se, é pública, evitando assim a extinção da punibilidade pela perempção ou pelo perdão do ofendido, inexistentes nessa modalidade.

Ademais, por ser a ação nesse caso, em verdade, pública, apesar de ter sido iniciada por uma queixa-crime, o Ministério Público atua como *custos*

legis, podendo, por exemplo, oferecer denúncia substitutiva no caso de queixa-crime que não preencha os requisitos legais, aditar essa exordial para corrigir pequenas falhas, requerer participar da produção de prova e recorrer em qualquer sentido[894].

9.4. Ação penal no Direito Penal Militar

Conceituando brevemente mas com muita clareza, Jorge César de Assis afirma que a ação penal militar "é o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal Militar objetivo; é o direito de invocar-se o Poder Judiciário para aplicar o Direito Penal objetivo"[895].

A previsão sobre a classificação das ações penais no Direito Penal Militar está nos arts. 121 e 122 do Código Penal Militar. No Código de Processo Penal Militar, há as disposições do art. 29 a 33.

Da simples leitura dos dispositivos, concluímos que os crimes militares são, em regra, de ação penal pública, o que importa em consagrar o Ministério Público como titular da ação penal militar. É o que se infere do art. 29 do CPPM, que dispõe que a "ação penal é pública e **somente** pode ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar".

Ademais, consagra-se o mesmo conjunto de princípios já enumerados, com as implicações decorrentes, ou seja, vigoram os princípios da oficialidade, da indisponibilidade, da obrigatoriedade e da indivisibilidade.

Também vige como regra a ação incondicionada (ação penal pública incondicionada).

Há, no entanto, crimes de ação penal pública condicionada, mas apenas à requisição do Ministro da Justiça ou do Ministro da Defesa – que também não vinculam o órgão do Ministério Público –, não se encontrando no Direito Penal Militar crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Essa possibilidade – ação penal pública condicionada à requisição – encontra-se nos crimes dos arts. 136 a 141 do Código Penal Militar, dispondo o referido diploma que quando o agente for militar ou assemelhado (figura

inexistente na atualidade, pela visão doutrinária majoritária) a ação penal dependerá de requisição do Ministério Militar a que estiver afeto o sujeito ativo. Entretanto, em face do advento da Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999, os Ministérios Militares foram unificados, criando-se o Ministério da Defesa, cujo Ministro passou a ter competência para a requisição em apreço. Essa, ressalte-se, é a visão de Jorge César de Assis**[896]**, para nós, acertada. Registre-se, todavia, visão diversa de Cláudio Amin Miguel e Nelson Coldibelli, para os quais, no caso de o sujeito ativo ser militar a propositura da ação dependerá de requisição do Comandante da Força Armada respectiva**[897]**. Acompanhando o entendimento de Cláudio Amin e Nelson Coldibelli, encontra-se Célio Lobão, que consigna:

"Em primeiro lugar, a denominação de ação penal mediante requisição é imprópria, por encerrar a ideia de obrigatoriedade. A requisição não vincula o MP, que poderá deixar de oferecer denúncia, se em seu entendimento não existir elementos (*sic*) suficientes para propositura da ação penal. Logo, a denominação correta é representação oficial, dirigida ao Procurador-Geral da Justiça Militar, **pelo Comandante da Arma**, a qual o agente estiver subordinado (art. 31, *caput*, do CPPM). A representação oficial (requisição) é irretratável. Uma vez recebida pelo MP, o representante não poderá retratar-se, a fim de impedir a propositura da ação penal"**[898]**.

Sendo o sujeito ativo um civil, no crime do art. 141 do CPM, a ação penal militar será condicionada à precedente requisição do Ministro da Justiça.

Os comentários versados para a ação penal comum condicionada à requisição são válidos também aqui, na ação penal militar de mesma modalidade.

Finalmente, por exceção, também é possível a ação penal militar subsidiária da pública, hoje cediçamente aceita. Com efeito, embora o Código de Processo Penal Militar não trate do assunto, a ação penal privada subsidiária tem mote constitucional, concluindo-se por sua aplicabilidade também aos crimes militares.

Nesse sentido, a doutrina é uníssona há muito tempo.

Veja-se, em primeiro aporte, o que aduz Jorge César de Assis:

"A ação penal militar é sempre pública (CPPM, art. 29).

Somente pode ser intentada pelo Ministério Público Militar (CF, art. 129, inc. I), ressalvada a hipótese da ação penal privada subsidiária da pública, nos termos do art. 5º, inc. LIX, da Carta Magna, em uma aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal comum, permitido pelo art. 3º, letra 'e', do Código Processual castrense"**[899]**.

Também esse o entendimento de Ronaldo João Roth:

"A 'ação penal privada subsidiária' alçou 'status' constitucional na Carta Política de 1988 (art. 5º, LIX) e anteriormente já estava prevista expressamente no Código Penal Comum (art. 100, § 3º) e no Código de Processo Penal Comum (art. 29).

A despeito da exclusiva 'ação penal pública incondicionada' na legislação penal militar, a Lei Maior permitiu ao ofendido, pela garantia assegurada, intervir no processo penal militar para o 'impulso' daquela quando ocorrer 'inércia' do Ministério Público.

(...)

Por força da inovação constitucional da Carta Magna de 1988, a vítima ou ofendido passou, igualmente, a poder 'substituir-se' ao MP por meio da 'ação penal privada subsidiária da pública' quando ocorrer 'inércia do órgão do MP, ou seja, quando ele, no prazo que lhe é concedido para oferecer a denúncia, não a apresenta, não requer diligência, nem pede o arquivamento.

(...)

Dessa forma, a vítima ou ofendido, que maior interesse têm na fiscalização da atuação do órgão acusador, substitui o 'Parquet' no 'impulso' da ação penal, se dele decorrer inércia (...).

Sob esse aspecto, portanto, é indiscutível o 'poder' da vítima ou do ofendido em 'mover' a ação penal privada subsidiária da pública no processo penal 'militar' quando da omissão ministerial"**[900]**.

No plano jurisprudencial, da mesma forma, a questão não contém conflitos. Tome-se, por exemplo, a decisão em face da Petição n. 4281/DF, em que o Pretório Excelso, transcrevendo, dentre outras, as lições de Ronaldo Roth, decidiu pelo cabimento da ação penal privada subsidiária a inaugurar o processo penal militar:

"Ação penal privada subsidiária da pública (CF, art. 5º, LIX). Hipótese excepcional de derrogação do monopólio que a constituição outorgou ao Ministério Público quanto à titularidade da ação penal pública (CF, art. 129, I). Crimes militares: possibilidade, em tese, quanto a eles, de ajuizamento de queixa subsidiária. Ausência, no caso, dos pressupostos autorizadores da utilização da ação penal privada subsidiária. Opção do Ministério Público pelo arquivamento do procedimento administrativo de investigação penal. Medida que se contém na esfera de poderes do Procurador-geral da República (RTJ 57/155 – RTJ 69/6 – RTJ 73/1 – RTJ 116/7 – RTJ 190/894 – RTJ 192/873-874, v. g.). Formação da 'opinio delicti' nas ações penais públicas (incondicionadas ou condicionadas): juízo privativo do Ministério Público. Inexistência, por parte de quem apresenta 'notitia criminis' ao Ministério Público, de direito subjetivo ao oferecimento, pelo *Parquet*, da denúncia penal. Consequente descaracterização da alegada situação de inércia, em decorrência de referido arquivamento, determinado pelo Procurador-geral da República, que ratificou, com esse ato, anterior promoção, em igual sentido, adotada, em primeira instância, pelo Ministério Público Federal no Distrito Federal. Ausência, no caso, de legitimação ativa 'ad causam' da associação civil de direito privado que ajuizou a queixa subsidiária. Entidade civil que não se qualifica, no contexto em exame, como sujeito passivo das condutas delituosas que imputou aos querelados, achando-se excluída, por isso mesmo, do rol (que é taxativo) daqueles ativamente legitimados ao exercício da queixa subsidiária (CPP, art. 29, c/c os arts. 30 e 31, c/c o art. 3º, 'a', do CPPM). A questão do sujeito passivo nos crimes militares e o tema dos delitos castrenses de dupla subjetividade passiva. Inaplicabilidade, à espécie, de regras inscritas na lei da ação civil pública e no código de defesa do consumidor, para efeito de reconhecer-se, quanto à FEBRACTA, a sua qualidade para agir em sede de queixa subsidiária. Inexistência, no ordenamento positivo brasileiro, da ação penal popular subsidiária. Magistério da doutrina. Precedentes do Supremo

Tribunal Federal. Jurisprudência dos tribunais em geral. Controle prévio de admissibilidade das ações no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Competência monocrática do relator. Legitimidade (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175). Inocorrência de ofensa ao princípio da colegialidade (RTJ 181/1133-1134). Ação penal subsidiária não conhecida" (STF, Pet. 4281/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 10-8-2009).

Frise-se que a decisão acima, embora monocraticamente proferida, por questões peculiares ao caso concreto, não tenha conhecido a queixa-crime, ressaltou o cabimento de ação penal privada subsidiária no Direito Penal Militar.

Os comentários consignados para a ação penal privada subsidiária no Direito Penal comum podem muito bem ser trasladados para a compreensão dessa modalidade no Direito Penal Militar, de sorte que, embora tenhamos a ação penal privada subsidiária para os delitos castrenses, não se pode falar em causas extintivas da punibilidade próprias da ação penal privada exclusiva, como a renúncia ao direito de oferecimento da queixa-crime, o perdão do ofendido e a perempção.

10. PUNIBILIDADE

10.1. Conceito

A punibilidade é o quarto e último degrau para a avaliação do fato punível. É o requisito final para que um agente que pratique um ato reprovado pela lei penal seja responsabilizado. Não constitui elemento do delito, mas dele é uma consequência.

Como bem elucida Fragoso:

"Com a prática da ação delituosa surge para o Estado o direito subjetivo à imposição da pena, que se expressa na pretensão punitiva (...). Esse

direito se exerce em relação ao transgressor da norma penal. A pena aparece como consequência jurídica da realização do crime.

Há situações, no entanto, que extinguem a punibilidade, fazendo desaparecer a pretensão punitiva ou o direito subjetivo do Estado à punição. Subsiste nesses casos a conduta delituosa.

Em outros termos, portanto, punibilidade é o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado de um crime ocorrido, em função de um obstáculo, um óbice específico trazido pela lei.

O que desaparece é a possibilidade jurídica de imposição de pena. O art.107, CP, enumera as causas de extinção da punibilidade. Entre elas, no entanto, figuram situações em que se extingue não a pena, mas sim o próprio crime. É o caso da anistia e da superveniência de lei que deixa de considerar o fato delituoso. A anistia, como veremos, faz desaparecer o próprio crime, o que ocorre também com a *abolitio criminis*, voltando o agente à condição de primário. Já as demais causas de extinção da punibilidade fazem desaparecer a punição *in concreto*”**[901]**.

Como se percebe, passando pela averiguação do fato delituoso, o injusto típico (fato típico e antijurídico), seguindo na análise da culpabilidade, chega-se agora a um pressuposto para a aplicação da sanção penal: que o fato ainda seja punível. Neste ponto, é possível que algumas causas impeçam a aplicação em concreto da sanção penal (imposição ou sua execução), as quais são denominadas **causas extintivas da punibilidade**, havendo, no magistério de Maggiore, “uma renúncia, uma abdicação, uma derrelição do direito de punir do Estado”**[902]**.

Não se deve confundir as causas de extinção da punibilidade, previstas expressamente na lei sob essa aparência, com condição objetiva de punibilidade, condição negativa de punibilidade (escusa absolutória) e condição de procedibilidade, embora estas também conduzam à impossibilidade de imposição de pena, seja por afetar a punibilidade, seja por impedir a persecução do delito.

Primeiro, concentra-se a doutrina nas *condições objetivas de punibilidade*, sem as quais, ainda que se verifique o delito (em acepção

dicotômica ou tricotômica), não há o aperfeiçoamento do fato punível, mesmo que tais condições não estejam expressas na lei. Nesses casos, "a punibilidade, por razões de política criminal, está na dependência do aperfeiçoamento de elementos ou circunstâncias não encontradas na descrição típica do crime e exteriores à conduta"**[903]**. Tais causas são denominadas objetivas porque independem do dolo do agente.

Como bem exemplifica Damásio de Jesus,

"No CP, são condições objetivas de punibilidade, no tema da aplicação de nossa lei penal a delito cometido no estrangeiro, os requisitos de 'ser o fato punível também no país em que foi praticado' (art. 7º, § 2º, *b*) e 'estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição (*c*). Nas duas hipóteses, as circunstâncias de o fato cometido pelo brasileiro, que entre nós é típico, ser atípico ou não no estrangeiro, e ser daqueles entre os quais é autorizada a extradição, situam-se fora do crime realizado e não são abrangidas pelo dolo. Como explica Antolisei, são acontecimentos totalmente independentes da atividade do culpado e não guardam com ela nenhum nexo de causalidade"**[904]**.

Para Francisco Dirceu Barros, a *condição objetiva de punibilidade* é "a condição exterior à conduta delituosa, que, via de regra, está fora do tipo penal e do elemento subjetivo do agente, tornando-se uma condição para punir. É causa extrínseca ao fato delituoso, não coberto pelo dolo do agente. Ex.: sentença declaratória de falência, em relação aos crimes falimentares. É chamada, também, de anexo do tipo ou suplemento do tipo"**[905]**. Entendemos, embora haja visão contrária, que, ao mencionar a condição objetiva como "anexo do tipo", deve-se considerar o tipo penal como um todo, tanto em seu preceito primário como em seu preceito secundário. Assim, em face da ausência de uma condição objetiva, a punibilidade estará afastada, sendo declarada em sentença por extinta.

Note-se que, sem condições objetivas de punibilidade, esta, em teoria, nem surge – embora se declare comumente sua extinção –, ou seja, em determinadas situações, não basta para o surgimento da punibilidade que alguém pratique um fato típico, antijurídico e seja culpável, sendo, antes, necessário que

alguma condição, que se posiciona entre o preceito primário que define o delito e o preceito secundário que comina a pena, seja satisfeita**[906]**.

No Direito Penal Militar, um bom exemplo de condição objetiva de punibilidade está na manutenção do posto e da patente de oficial para alguns delitos que carecem dessa condição para serem punidos, em função de disposição típica no preceito secundário de pena de suspensão do exercício do posto. Não estando expressa no art. 123 do CPM nem em dispositivo específico na Parte Especial, a perda do posto e da patente do oficial – frise-se, apenas para aqueles delitos cuja pena a ser aplicada repousa na premissa de que o réu ainda possua o posto e a patente, caso da pena principal de suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função (art. 64 do CPM) – obsta a aplicação da sanção penal. Nesse sentido, com maestria peculiar, aponta Ronaldo João Roth:

"(...) as causas de extinção de punibilidade previstas no art. 123 do CPM *não* são taxativas e, por isso, permitem a aplicação em outros casos especificados no CPM como também a aplicação análoga do CP Comum.

A hipótese aqui tratada – de *perda de posto e de patente do Oficial*, quando respondendo por crime de exercício de comércio por oficial (art. 204 do CPM), retornando à condição de *civil* e desde que não ocorra situação análoga à aposentadoria do civil (descanso vitalício remunerado) –, impossibilita a aplicação de pena, vez que, se o condenado *não é mais militar e não se encontra na inatividade* (reserva ou reforma), *não há de se falar em transformação da pena de suspensão em detenção*, isto porque se caracterizou um caso de *extinção inominada de punibilidade*.

Há, no caso, *crime*, todavia, a pena ficou *inviabilizada*, pois a norma do parágrafo único do art. 64 do CPM não incide sobre o *civil*"**[907]**.

A visão do autor – que rotulou o fato como *causa inominada de extinção de punibilidade* –, ressalte-se, pode ser aplicada não só ao crime de prática de comércio por oficial (art. 204 do CPM), mas também a todo crime que possua no preceito secundário a pena de suspensão do exercício do posto, a exemplo dos crimes capitulados nos arts. 170 (ordem arbitrária de invasão), 174 (rigor excessivo), 197 (retenção indevida), 198 (omissão de eficiência da força),

201 (omissão de socorro), 324 (inobservância de lei, regulamento ou instrução), 340 (recusa de função na Justiça Militar) do Código Penal Militar, além de alguns crimes de dano, por permissão do art. 266 do mesmo Código. Note-se que o raciocínio do autor, ademais, também poderia implicar a mesma construção em alguns dos crimes supracitados quando a pena fosse de suspensão do exercício da graduação, cargo ou função. Todavia, como defendemos em outro trabalho, entendemos, na atual conjuntura do ordenamento jurídico, inaplicável a pena de suspensão do exercício da graduação**[908]**, cargo ou função, reduzindo-se a hipótese apenas à pena de suspensão do exercício do posto.

A *escusa absolutória* (condição negativa de punibilidade), por sua vez, traduz-se por uma "escusa especial e pessoal, fundada em razões de ordem utilitária ou sentimental, que não afetam o crime, mas somente a punibilidade. Tem efeito idêntico ao da condição objetiva de punibilidade. Ex.: art. 181, I e II, ou art. 348, § 2º, do Código Penal (crimes contra o patrimônio e favorecimento pessoal, respectivamente)"**[909]**. Com a escusa absolutória também estará afastada a punibilidade, porém, nada se refere ao tipo penal do crime, que permanece intacto, apenas não sendo possível a persecução criminal por uma razão, como dito, utilitária e sentimental.

No Direito Penal Militar, um bom exemplo de escusa absolutória está na disposição trazida pelo parágrafo único do art. 186, que dispõe que no crime de favorecimento a convocado, se "o favorecedor é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena". Embora o tipo permissivo mencione isenção de pena, excepcionalmente – aliás, como ocorre no art. 181 do Código Penal comum –, não se trata de causa a afetar a culpabilidade, e sim a punibilidade do crime. Situação idêntica ocorre com o favorecimento a desertor, conforme o parágrafo único do art. 193 do CPM.

Finalmente, as causas de extinção da punibilidade não se confundem com a *condição de procedibilidade*, entendida como "condição ligada ao processo, que, uma vez presente, autoriza a propositura da ação. Ex.: representação do ofendido nos crimes de ação pública condicionada"**[910]**. A ausência de condição de procedibilidade também obsta a punição do fato, afetando a punibilidade, contudo, por uma questão de impossibilidade no processo penal. A punibilidade surge, porém é obstada pela impossibilidade de início da

ação penal.

No Direito Penal Militar, além das questões ligadas à promoção da ação penal carecedora de requisição do Ministro da Justiça ou do Ministro da Defesa, em alguns crimes contra a segurança externa do País (arts. 136 a 148 do CPM), temos outro bom exemplo no caso da impossibilidade de reversão da praça estável ou reinclusão ao serviço ativo da praça especial ou sem estabilidade no crime de deserção, condição de procedibilidade para o início da ação penal no procedimento de deserção (rotulado pelo CPPM como um "processo especial"), conforme exige o § 3º do art. 457 do CPPM. Não havendo mais tal condição, não mais haverá possibilidade de prosseguimento na ação penal, faltando-lhe inclusive justa causa, o que leva à extinção da punibilidade. Nesse sentido, já entendeu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 90.838/SP, julgado em 14 de outubro de 2008, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR ANTES DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROSSEGUIR NA EXECUÇÃO DA PENA. 1. *Em razão da ausência de condição de procedibilidade*, o art. 457, § 2º, do Código de Processo Penal Militar e a Súmula n. 8 do Superior Tribunal Militar impedem a execução da pena imposta ao réu incapaz para o serviço ativo do Exército, que não detinha a condição de militar no ato de julgamento do recurso de apelação. 2. Ordem concedida".

Ainda nesse sentido e mais recente, *vide*, do Supremo Tribunal Federal o *Habeas Corpus* n. 90.672/SP, julgado em 3 de fevereiro de 2009, pela Segunda Turma, relator o Ministro Joaquim Barbosa:

"*HABEAS CORPUS*. Processo penal militar. Deserção (art. 187 do código penal militar). Incapacidade para o serviço militar. Causa preexistente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. *Extinção da punibilidade*. I – Com o reconhecimento da incapacidade preexistente à condenação, e tendo em vista

que a condição de militar é requisito para o exercício da pretensão punitiva em relação ao crime de deserção, nos termos do art. 457, § 2º, do CPPM, *não há justa causa para a execução*. II – Ordem concedida".

De todo modo, como se percebe, as causas de extinção da punibilidade expressas nos Códigos Penais (comum ou militar), as escusas absolutórias, ou a ausência das condições objetivas de punibilidade ou das condições de procedibilidade levam à extinção da punibilidade, razão pela qual são encontradas em muitas obras como causas equivalentes e genericamente extintivas da punibilidade.

Vejamos, então, as causas de extinção da punibilidade, iniciando o estudo pelo Direito Penal Comum para, depois, ingressar no Direito Penal Militar, nosso foco de atenção.

10.2. Causas extintivas da punibilidade no Direito Penal comum

A prática de fato considerado crime pela lei penal torna o *jus puniendi* do Estado, até então abstrato, concreto. A esse fenômeno dá-se o nome de punibilidade. Com base nessa concepção é preciso entender que existem circunstâncias inibidoras desse poder punitivo, chamadas causas extintivas de punibilidade, que passaremos a estudar.

Inicialmente, é de verificar que as causas de extinção da punibilidade estão enumeradas em um rol constante do art. 107 do Código Penal, que consigna que estará extinta a punibilidade:

– *pela morte do agente;*

– *pela anistia, graça ou indulto;*

– *pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;*

– *pela prescrição, decadência ou perempção;*

– *pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes*

de ação privada;

– pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

– pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Preciso lembrar que essas causas constituem um rol exemplificativo, havendo outras possibilidades de extinção da punibilidade não enumeradas no art. 107, a exemplo do cumprimento do *sursis* sem que haja revogação, do pagamento do tributo em crime de sonegação fiscal (art. 14 da Lei n. 8.137, de 27-12-1990)**[911]** e da morte do contraente enganado no delito capitulado no art. 236 do CP, visto que a ação penal privada é personalíssima. Também extingue a punibilidade, embora não enumerada no art. 107 do CP, a reparação do dano no peculato culposo (§ 3º do art. 312 do CP), desde que precedente a sentença penal irrecorrível. Um último exemplo, por fim, está na confisssão e pagamento de contribuições previdenciárias apropriadas indebitamente, nos termos do § 2º do art. 168-A do CP).

Analisando as causas supracitadas, é possível classificá-las, de acordo com sua origem, em **causas extintivas da punibilidade que advém de fatos jurídicos**, assim consideradas aquelas que provêm de um fato humano ou natural – caso da morte do agente, da prescrição, da decadência, da perempção e da *abolitio criminis* –, e em **causas extintivas da punibilidade que advêm de atos jurídicos**, compreendidas como aquelas provenientes de um comportamento humano tendente a extinguir a punibilidade – caso da retratação do agente, da anistia, da graça, do indulto, da renúncia ao direito de queixa-crime, do perdão do ofendido aceito pelo querelado e do perdão judicial**[912]**.

Interessa-nos verificar amiúde as causas enumeradas no art. 107 do CP, não somente por ser o sítio onde se encontra a prescrição, mas por haver certa similitude com o Direito Penal Militar.

10.2.1. Morte do agente

Mors ominia solvit (a morte tudo apaga), sacramenta o princípio. Nesse sentido, o Direito Penal considera a morte do agente causa de extinção da

punibilidade (advinda de um fato jurídico), não podendo os efeitos da condenação, exceto o perdimento de bens até o limite do valor do patrimônio transferido, alcançar os descendentes do autor (art. 5º, XLV, da CF).

Pode ela ocorrer antes ou depois do trânsito em julgado de sentença condenatória e deve ser provada materialmente, ou seja, pela certidão de óbito.

O momento da constatação da morte deve ser, como lembra César Dario Mariano[913], o da morte encefálica, encontrando esse parâmetro no art. 3º da Lei n. 9.343, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento[914].

Havendo certidão falsa que leve à declaração da extinção da punibilidade, consignada em sentença passada em julgado, uma vez descoberta a situação, será impossível punir o agente pelo crime primeiro. Contudo, possível será a responsabilização pela falsidade ou uso de documento falso[915].

Obviamente, por tratar-se de causa pessoal de extinção da punibilidade, não se estende aos consortes do crime (coautor ou partícipe).

10.2.2. Anistia, graça ou indulto

A anistia, a graça e o indulto são formas de renúncia ao *jus puniendi* pelo Estado, causas de extinção da punibilidade, advindas de ato jurídico, que consistem em uma "indulgência soberana que acompanha a pena desde tempos imemoriais. É o benefício concedido ao autor do crime ou ao condenado por órgãos alheios ao Poder Judiciário, que atuam inspirados por conveniências políticas ou por espírito de humanidade, fazendo desaparecer o crime cometido, extinguindo a pena ou, de outra forma, favorecendo o condenado. É o que genericamente se chama direito de graça"[916].

10.2.2.1. **Anistia**

A anistia traduz-se por uma vontade do Poder Público, pelo Poder Legislativo, de competência do Congresso Nacional (art. 48, VIII, da CF), afeta ao fato, e não ao seu autor.

Pode ocorrer tanto antes da sentença penal condenatória irrecorrível, quando é chamada de *anistia própria*, como após esta, denominando-se *anistia imprópria*, atingindo, neste caso, todos os **efeitos penais** da condenação (indução à reincidência, p. ex.), mas não os extrapenais, a menos que a anistia ocorra antes do trânsito em julgado da sentença. Possui efeito retroativo (*ex tunc*), atingindo situações pretéritas.

Destina-se, precipuamente, a crimes políticos; todavia, nada impede que o legislador, se não houver vedação constitucional, a entenda cabível a outros delitos. Como exemplo de vedação à concessão de anistia temos os crimes hediondos e equiparados, nos termos do que dispõe o inciso XLIII do art. 5º da CF.

Uma vez concedida, não pode ser revogada, já que sua revogação implicaria retroatividade dos efeitos anteriores, prejudicando o agente. Pode ser condicionada ou incondicionada, geral ou parcial, restrita ou irrestrita.

Será *condicionada* quando a concessão da anistia estiver vinculada à satisfação de algumas condições pelo anistiando, que podem ou não ser aceitas, sob pena de, não sendo aceitas, impossibilitarem a concessão de anistia. Por outro bordo, a *incondicionada* é concedida graciosamente, sem a imposição de condições, quando o anistiando não poderá recusar o benefício.

A anistia *geral* é compreendida como aquela que atinge, indistintamente, todos os autores de um delito, sem delimitar um universo para a conceção do benefício. A *parcial*, por seu turno, é aquela que atinge somente certas pessoas, por exemplo, apenas os não reincidentes**[917]**.

Finalmente, será *irrestrita* quando abranger todos os delitos relacionados ao fato criminoso principal e, ao contrário, *restrita*, quando excluir apenas alguns delitos inerentes ao fato.

10.2.2.2. Graça ou indulto

Graça é uma forma de clemência soberana; "destina-se a pessoa determinada e não a fato, sendo semelhante ao indulto individual. A Constituição

Federal vigente, porém, não se refere mais à graça, mas apenas ao indulto (art. 84, XII). Por essa razão, a Lei de Execução Penal passou a tratá-la como indulto individual, o que não ocorreu na reforma da Parte Geral do Código Penal"**[918]**.

Com efeito os arts. 188 a 193 da Lei de Execução Penal abandonaram a nomenclatura "graça", mas a Constituição de 1988, embora no art. 84, conforme acima referido, tenha mencionado apenas o indulto, entra em contradição ao utilizar o termo "graça" no inciso XLIII do art. 5º.

Melhor, então, que se entenda graça como sinônimo de indulto individual. Como anota Guilherme Nucci, o indulto individual, ou graça, trata-se de "(...) um perdão concedido pelo Presidente da República, dentro da sua avaliação discricionária, não sujeita a qualquer recurso (...). Pode ser total ou parcial, conforme alcance todas as sanções impostas ao condenado (total) ou apenas alguns aspectos da condenação, quer reduzindo, quer substituindo a sanção originariamente aplicada (parcial). Neste último caso, não extingue a punibilidade, chamando-se *comutação*.

Pode ser provocada por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa. Exige-se o parecer do Conselho Penitenciário, seguindo ao Ministério da Justiça. Após, delibera sobre o pedido o Presidente da República, que pode, no entanto, delegar a apreciação aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União (art. 84, parágrafo único, da Constituição)"**[919]**.

Somente pode ocorrer após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

O indulto (coletivo), também possível apenas após o trânsito em julgado da decisão – ao menos para a acusação –, alcança um grupo de condenados que serão beneficiados com a concessão. Pode também ser condicionado, exigindo-se o preenchimento de alguns requisitos subjetivos e objetivos, ou incondicionado, neste caso não podendo haver recusa do beneficiário.

Também pode ser total, abrangendo todas as condenações do

indultado, ou parcial, alcançando apenas algumas, ocasião em que não extinguirá a punibilidade (*comutação*). No indulto total, por outro bordo, a extinção da punibilidade ocorrerá e atingirá o efeito principal da condenação, mas não os secundários, exceto se o decreto de concessão assim autorizar.

Embora decretados pelo Presidente da República, tanto o indulto como a graça somente levarão à extinção da punibilidade por decisão do juízo da execução, ficando incumbido de averiguar se as condições, nas modalidades condicionadas, foram preenchidas.

10.2.3. "Abolitio criminis"

Dispõe o art. 1.º do Código Penal que *não há crime sem lei anterior que o defina* e que *não há pena sem prévia cominação legal*. Configura-se, pois, o **princípio da legalidade**, também previsto na Constituição Federal, especificamente no art. 5.º, XXXIX.

Tem por finalidade servir como garantia ao cidadão, limitando o *jus puniendi* do Estado.

Para alguns, o *princípio da legalidade* compreende em seu bojo o *princípio da reserva legal* e o da *irretroatividade da lei penal*.

O *princípio da reserva legal* traduz-se pela reserva à lei para definição de crimes e para a cominação de penas, o que exclui a possibilidade de disposição, em matéria penal, por *medida provisória*, *decreto* do Poder Executivo etc. Apenas a lei, em outras palavras, pode versar sobre matéria penal.

Alguns autores preferem falar em aspectos *formal* e *material* dessa limitação, inerente à reserva legal, entendendo-se como limite no aspecto *formal* a **reserva absoluta à lei** (somente a lei poderá versar sobre matéria penal) e a **taxatividade**, que significa a necessidade de a lei descrever o crime de forma pormenorizada, de modo a evitar ilações de interpretação.

Como limite no aspecto *material*, tem-se que a lei penal deve selecionar para criminalizar somente as condutas humanas mais nocivas ao

convívio social; não pode criminalizar condutas positivas, em prol do convívio social.

Já estudamos a regra de irretroatividade da lei penal militar – inclusive com a compreensão da *abolitio criminis* – quando discutimos a aplicação da lei penal militar no tempo, mas iremos retomar e acrescentar alguns pontos.

O *princípio da irretroatividade da lei penal*, também chamado por alguns de *princípio da anterioridade*, traduz-se pela necessidade de que a lei penal antecipe, para haver responsabilidade penal, a conduta tida por perniciosa, e, ainda, que a cominação da pena também seja anterior ao fato. Em resumo, sintetiza Guilherme Nucci, significa "que uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a um fato concreto, caso tenha tido origem antes da prática da conduta para a qual se destina"**[920]**.

Consagra-se, portanto, o dogma de que a lei penal, **como regra**, não retroage. Essa regra, todavia, comporta exceções, em que a lei penal pode produzir seus efeitos fora do seu período de vigência ou eficácia. São os casos de extratividade da lei penal, a saber:

I – A *retroatividade* – a lei retroage aos fatos anteriores à sua entrada em vigor, se houver benefício para o agente. Duas circunstâncias podem ocorrer:

a) A *abolitio criminis* – prevista no próprio Código Penal, art. 2º, que dispõe: *ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória*. A *abolitio criminis* extingue a punibilidade, alcançando fatos anteriores e será aplicada pelo Juiz do processo, em qualquer fase, ou pelo Juiz da execução penal, se já houver sentença condenatória definitiva. A *abolitio criminis*, porém, não elimina as consequências civis do ato praticado**[921]**, a exemplo do dever de reparação do dano. Pode ocorrer tanto antes como depois da sentença condenatória irrecorrível.

b) A retroação de lei mais benéfica sem descriminalizar o fato (*novatio legis in mellius* ou *lex mitior)* – versa o mesmo art. 2º, em seu parágrafo único, sobre a *lex mitior*, ao dispor que *a lei posterior, que de qualquer*

modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

II – A *ultratividade* – a lei produz efeitos mesmo após o término de sua vigência. É o caso da lei excepcional e da lei temporária, conforme disciplina o art. 3º do Código Penal, ao dispor que *a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.* As leis *supra* são autorrevogáveis, ou seja, são exceções à regra de que uma lei se revoga por outra lei.

As **leis temporárias** são aquelas que consignam no próprio texto a data de cessação de sua vigência.

Já as **leis excepcionais** são aquelas feitas para um período em que esteja vigendo uma situação de exceção, de anormalidade. São diplomas criados para regular um período de instabilidade. O término de vigência, dessa forma, será incerto, dependendo do término da situação para a qual ela foi elaborada.

Também se reconhece ultratividade de lei anterior mais benéfica em face de lei posterior mais grave (*lex gravior*).

10.2.4. Decadência

A decadência, como vimos ao tratar da ação penal, é a "perda do direito de ação em virtude do tempo decorrido. O ofendido, nos crimes de ação penal pública condicionada à representação ou nos casos de ação penal privada, salvo disposição em contrário, dispõe de seis meses para o oferecimento da representação ou para a propositura da queixa-crime. Esses seis meses são contados do dia em que o ofendido tomou conhecimento da autoria delitiva ou, no caso da ação penal privada subsidiária da pública, no dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia"**[922]**, havendo algumas exceções para o termo inicial, que já mencionamos acima.

Obviamente, essa causa de extinção da punibilidade somente pode ocorrer antes de iniciada a ação penal pública condicionada ou ação penal

privada exclusiva.

10.2.5. Perempção

Possível somente na ação privada (exclusiva), a perempção consiste em uma sanção jurídica imposta ao querelante que, por desídia, deixa de dar seguimento à ação penal.

Nos termos do art. 60 do Código de Processo Penal, ocorre a perempção:

– quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante trinta dias seguidos;

– quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de sessenta dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36 (se comparecer mais de uma pessoa com direito de queixa, terá preferência o cônjuge, e, em seguida, o parente mais próximo na ordem de enumeração constante do art. 31, podendo, entretanto, qualquer delas prosseguir na ação, caso o querelante desista da instância ou a abandone);

– quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

– quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Esta causa de extinção da punibilidade somente pode ocorrer durante a ação penal privada exclusiva.

10.2.6. Renúncia do direito de queixa e perdão aceito

Também exclusivamente nas ações penais privadas (exclusivas), a renúncia do direito de queixa, como visto, caracteriza-se por uma abdicação da possibilidade de promover a ação penal pelo ofendido ou por seu representante legal. Pode ser expressa ou tácita. É causa de extinção da punibilidade que

somente poderá operar-se antes do início da ação penal privada (exclusiva).

O perdão do ofendido aceito pelo querelado é um ato jurídico bilateral em que o ofendido, no caso de ação penal privada, releva a ofensa perpetrada, devendo aquele contra quem demandou aceitar o perdão para que seja extinta a punibilidade. Pode ocorrer nos autos do processo (processual) ou fora deles (extraprocessual), comportando também as formas expressa e tácita. Nesse caso, a ação penal privada já deverá ter iniciado.

10.2.7. Retratação do agente

Retratar-se significa "desdizer-se, retirar o que disse. No Código Penal tem incidência nos crimes de calúnia e difamação e também no falso testemunho. Deve ser feita antes da sentença"**[923]** e não se comunica aos coautores ou partícipes.

10.2.8. Perdão judicial

Também extingue a punibilidade o perdão judicial. Haverá o perdão judicial nos casos em que ao fato, embora caracterizado como crime e sendo o agente culpado, o juiz deixe, por motivos especiais, de aplicar a sanção penal.

Dessa forma, pode-se afirmar que o perdão judicial é um "instituto através do qual a lei possibilita ao juiz deixar de aplicar a pena diante da existência de determinadas circunstâncias, expressamente determinadas"**[924]**.

Anote-se, finalmente, que, nos termos da Súmula 18 do STJ, *a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório*.

São exemplos os arts. 121, § 5º; 129, § 8º, e 180, § 3º.

10.2.9. Prescrição

Por merecer um estudo detido, discorremos sobre a prescrição em tópico apartado, mais adiante.

10.3. Causas extintivas da punibilidade no Direito Penal Militar

No estudo da punibilidade no Direito Penal Militar, podemos trasladar várias lições do Direito Penal comum.

Inicialmente, podemos firmar que a prática de fato considerado crime militar pela lei penal faz com que o *jus puniendi* do Estado se concretize sobre aquele que praticou o fato, surgindo uma pretensão que pode ser afastada por circunstâncias inibidoras desse poder punitivo, chamadas causas extintivas de punibilidade, previstas especialmente no art. 123 do Código Penal Militar, que assim dispõe:

"Art. 123. Extingue-se a punibilidade:

I – pela morte do agente;

II – pela anistia ou indulto;

III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV – pela prescrição;

V – pela reabilitação;

VI – pelo ressarcimento do dano, no peculato culposo (art. 303, § 4º).

Parágrafo único. A extinção da punibilidade de crime, que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro, não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão".

Preciso também lembrar que essas causas, expressas na Parte Geral do CPM, constituem um rol exemplificativo; há outras possibilidades de extinção da punibilidade não enumeradas no art. 123, a exemplo do cumprimento do *sursis* sem que haja revogação, da reparação do dano no peculato culposo (§ 4º do art. 303 do CPM), desde que precedente à sentença penal irrecorrível e à retratação no crime de falso testemunho (que, curiosamente, vem prevista no art. 107 do CP e não está enumerada no art. 123 do CPM, apesar de possuir expressa

previsão no art. 346, § 2º, do CPM).

Vejamos, pois, as possibilidades do art. 123 do CPM, no qual está situada a prescrição.

10.3.1. Morte do agente

Valem para o CPM os comentários feitos acerca da extinção da punibilidade no CP, para onde remetemos o leitor.

10.3.2. Anistia ou indulto

A anistia e o indulto, como vimos, são formas de renúncia do Estado ao *jus puniendi*. São também conhecidas por indulgência, clemência soberana ou graça em sentido amplo.

10.3.2.1. **Anistia**

Anistia significa "o esquecimento de certas infrações penais"**[925]**. Como se exprime Aurélio Leal: "O fim da anistia é o esquecimento do fato ou dos fatos criminosos que o poder público teve dificuldades de punir ou achou prudente não punir. Juridicamente os fatos deixam de existir; o parlamento passa uma esponja sobre eles. Só a história os recolhe"**[926]**.

Recentemente, houve concessão de anistia a crimes militares. Trata-se da Lei n. 12.191, de 13 de janeiro de 2010, que em suma anistiou policiais e bombeiros militares do Rio Grande do Norte, Bahia, Roraima, Tocantins, Pernambuco, Mato Grosso, Ceará, Santa Catarina e Distrito Federal, punidos por participarem de movimentos reivindicatórios por melhoria de vencimentos e de condições de trabalho, ocorridos entre o primeiro semestre de 1997 e a publicação da Lei. A anistia, curiosamente, abrangeu quaisquer crimes militares e as infrações disciplinares conexas, não incluindo os crimes comuns previstos no CP ou em leis penais especiais.

Originada no Projeto de Lei n. 3.777/2008, de iniciativa dos Senadores Garibaldi Alves Filho, José Agripino e Rosalba Ciarlini, todos do Rio Grande do

Norte, bem como do substitutivo de lavra do Deputado Federal Mauro Benevides, eleito pelo Estado do Ceará, a Lei aprovada, ainda que por alguns considerada justa, peca juridicamente em vários pontos.

Inicialmente, o projeto tinha o escopo de anistiar todos os policiais militares e bombeiros militares do Rio Grande do Norte que, desde 1997, tivessem praticado ilícito penal militar por ocasião dos movimentos por melhoria salarial. Ainda que se prestasse a anistiar todos os delitos militares, ao que se infere, o projeto tinha uma especial preocupação com o delito de deserção, não havendo menção de que alguns militares tenham praticado motim ou revolta.

Ademais, o projeto tinha o objetivo, como aliás vingou na Lei, de não apenas alcançar sanções penais militares, mas também as sanções disciplinares "conexas", como diz o relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Ocorre que, por substitutivos, a proposta ganhou corpo para englobar os militares de outras Unidades Federativas, a saber, os dos Estados da Bahia, Roraima, Tocantins, Pernambuco, Mato Grosso, Ceará, Santa Catarina e Distrito Federal.

Surge, pois, a preocupação de que a tendência inaugurada pela Lei em comento seja ampliada, alcançando todos os movimentos reivindicatórios de militares dos Estados (e DF) do País, resultando num trauma muito grande à condução das Instituições Militares, mormente por afronta evidente à hierarquia e à disciplina.

Essa tendência é confirmada pela edição de uma nova lei, com similares disposições, a Lei n. 12.505, de 11 de outubro de 2011, que na mesma esteira do instrumento normativo supracitado concede anistia aos policiais e bombeiros militares dos Estados de Alagoas, de Minas Gerais, do Rio de Janeiro, de Rondônia e de Sergipe que participaram de movimentos reivindicatórios por melhorias de vencimentos e de condições de trabalho ocorridos entre o dia 1º de janeiro de 1997 e a publicação da lei e aos policiais e bombeiros militares dos Estados da Bahia, do Ceará, de Mato Grosso, de Pernambuco, do Rio Grande do Norte, de Roraima, de Santa Catarina e do Tocantins e do Distrito Federal que participaram de movimentos reivindicatórios por melhorias de vencimentos e de

condições de trabalho ocorridos entre a data da publicação da Lei n. 12.191, de 13 de janeiro de 2010, e a data de publicação da nova lei (Lei n. 12.505/2011).

Em primeiro ataque à Lei, trazemos à baila o conceito de Direito Penal Militar.

O "Direito Penal Militar consiste no conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações penais, com suas consequentes medidas coercitivas em face da violação, e ainda, pela garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente a regularidade de ação das forças militares, proteger a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões precípuas atribuídas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares"**[927]**.

Como se percebe, o Direito Penal Militar tem o escopo de, pela tutela de bens jurídicos penais militares, garantir a regularidade das Instituições Militares, possibilitando que cada uma delas possa cumprir seu mister constitucional. Negar a aplicação necessária do Direito Penal Militar é, sem dúvida, fomentar a ineficiência, por exemplo, da Polícia Militar, que não terá instrumento de controle adequado para impedir a prática de ilícitos que fragilizam bens jurídicos caros.

Alguns poderiam dizer que ainda restaria o Direito Disciplinar como mecanismo de controle, mas, como acima dito, a Lei anistiou também as infrações disciplinares, absurdo que voltaremos a comentar abaixo.

A propósito do bem jurídico penal militar, deve-se esclarecer que vários "bens, na acepção genérica acima descrita, interessam ao Direito Penal Militar, destacando-se, obviamente, a hierarquia e a disciplina, hoje elevadas a bem jurídico tutelado pela Carta Maior. Dessa forma, além da disciplina e da hierarquia, outros bens da vida foram eleitos, tais como a preservação da integridade física, do patrimônio etc."**[928]**. Mas, seja qual for o bem jurídico eleito, "sempre haverá, de forma direta ou indireta, a tutela da regularidade das instituições militares, o que permite asseverar que, ao menos ela, sempre estará no escopo de proteção dos tipos penais militares, levando-nos a concluir que em alguns casos teremos um bem jurídico composto como objeto da proteção do diploma penal castrense. É dizer, e. g., o tipo penal do art. 205, sob a rubrica 'homicídio', tem como objetividade jurídica, em primeiro plano, a vida humana,

porém não se afasta de uma tutela mediata da manutenção da regularidade das instituições militares"[929].

Ao nosso propósito, todavia, interessa lembrar que os movimentos grevistas, muitas vezes rotulados como movimentos de indisciplina coletiva, podem conduzir à prática delitiva, seja pela deserção (art. 187 do CPM), seja por outro delito como o de motim ou revolta (art. 149 do CPM). No caso da deserção, sua capitulação demonstra a tutela do serviço ou do dever militar, enquanto o motim e a revolta aviltam a autoridade e a disciplina militar. Nesse contexto, é possível concluir que o cometimento de deserção ou de motim – muito prováveis em movimentos de reivindicação salarial que chegue à greve – afeta a regularidade das Instituições Militares, pelo ataque ao dever militar, ao serviço militar, à disciplina militar e à autoridade militar, bens jurídicos de extremada importância na condução dos assuntos afetos à caserna.

A Lei em foco, note-se, nega a tutela – até mesmo no plano do Direito Disciplinar – desses bens jurídicos, sendo questão imperiosa afastá-la definitivamente.

Aos defensores da norma em comento há que se perguntar como ficará a autoridade de um Comandante-Geral que, por exemplo, determine a instauração de inquérito policial militar e de processo administrativo (e. g. Conselho de Disciplina) em desfavor de militares grevistas do Estado que não comparecem ao serviço há vinte dias, devendo, posteriormente, por uma Lei desastrosa, arquivar os processos administrativos e ter que suportar os subordinados no seio da tropa. Pior ainda, imagine-se o efeito reflexo dessa medida, traduzida pelo incentivo a novos movimentos e pelo aumento inequívoco da criminalidade comum, já que o criminoso, habitual ou de ocasião, ao saber da greve da Polícia Militar, terá maior tranquilidade para a perpetração de seus delitos.

Claro que os defensores dessa medida não se importarão com o reflexo no interior da caserna, mas, deve-se lembrar, sofrerão na pele o aumento dos delitos e, com absoluta certeza, encontrarão por "bode expiatório" a Polícia Militar, instituição que contribui para fragilizar com essa tosca Lei.

Ademais, só para aguçar o debate, há de se perguntar por que razão o

Congresso Nacional elabora uma lei penal (também administrativa, mas evidentemente penal) apenas para alguns Estados. Mais ainda, por que motivo a anistia não alcançou também os militares federais, a exemplo dos envolvidos no não muito distante episódio dos controladores de voo. Evidentemente, a lei penal perdeu nesse caso sua característica federal, alcançando apenas alguns locais.

Também parece desastrosa a Lei sob o enfoque constitucional.

Por certo, os defensores da norma em análise conhecem muito bem o *pacto federativo* trazido pela ordem constitucional vigente. Contudo, apenas para rememorar, tome-se seu artigo reitor, o art. 18 da Constituição Federal, que dispõe: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *todos autônomos*, nos termos desta Constituição".

Com efeito, a adoção de uma estrutura federativa tem por pressuposto que haverá um "Poder Central" desenvolvido pela União (reunião dos entes federativos = a República Federativa do Brasil); contudo, em oposição a um Estado Unitário, também será efetivada a descentralização do poder, conferida uma parcela aos entes integrantes da Federação, entenda-se, a União (aqui não mais como reunião dos entes, mas apenas como um deles = União ente federativo), os Estados-Membros e o Distrito Federal e os Municípios.

Ao nosso propósito, interessam mais amiúde os Estados-Membros, que possuem uma liberdade trazida pela estrutura federativa constitucional de autonomia político-administrativa, devendo, em troca dessa parcela de autonomia, respeitar a vedação à secessão, caracterizando um vínculo ou pacto federativo.

Essa parcela de poder conferida aos entes federativos, frise-se, não é plena, resumindo-se à condução político-administrativa do ente, ou seja, capacidade de autocondução, do Estado-Membro dentro da estrutura federativa. Em outras palavras, v. g., embora integrante da República Federativa do Brasil, o Estado de São Paulo possui certa liberdade de autocondução, realidade que não pode ser aviltada por outro ente federativo, nem mesmo pela União (como ente federativo), exceto nas hipóteses expressas na própria Constituição Federal, a exemplo dos casos que ensejam a intervenção federal (art. 34 da CF).

Nesse sentido, Pedro Lenza lembra que, em função de um poder constituinte derivado decorrente, permitido pela própria *Lei Maior*, "os Estados federados são *autônomos*, em decorrência da capacidade de auto-organização, *autogoverno*, *autoadministração* e autolegislação. Trata-se de autonomia, e não de soberania, na medida em que a soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Internamente, os entes federativos são autônomos, nos limites de suas competências, constitucionalmente definidas, delimitadas e *asseguradas*..."**[930]**. (g. n.)

Obviamente, no bojo dessa autocondução está a possibilidade de gerenciamento do serviço público estadual, sem que possa haver interferência da União nesses assuntos, condição essa, como disse o autor acima, *assegurada* pela ordem constitucional.

Em resumo, portanto, a União somente pode trazer interferência aos assuntos do Estado-Membro nas hipóteses respaldadas pela Constituição Federal.

Partindo dessa premissa, embora, com a devida vênia, discordemos das razões que a motivam, de fato é possível uma lei de anistia no plano criminal afetar os policiais militares do Estado, primeiro porque, a elaboração dessa lei cabe à União (art. 21, XVII, da CF) e, segundo, porque nos termos do inciso VIII do art. 48 da CF, a iniciativa caberá ao Congresso Nacional.

A anistia, retomemos, é uma forma de renúncia do Estado ao *jus puniendi*, significando "o esquecimento de certas infrações penais"**[931]**. Como diz Aurélio Leal: "O fim da anistia é o esquecimento do fato ou dos fatos criminosos que o poder público teve dificuldades de punir ou achou prudente não punir. Juridicamente os fatos deixam de existir; o parlamento passa uma esponja sobre eles. Só a história os recolhe"**[932]**.

Também é fato que, embora seja precipuamente destinada a crimes políticos, não há vedação para sua concessão a outros tipos de delitos, inclusive nos crimes militares, mesmo porque, como vimos, o Código Penal Militar prevê a anistia como causa de extinção da punibilidade.

Por outro giro, não nos parece adequado defender que a anistia possa obstar, como se pretende no caso concreto, as consequências disciplinares da

conduta. Embora também não haja vedação normativa, é cediço na doutrina que a anistia leva ao esquecimento de todos os efeitos penais (principais e secundários), mas não abrange os efeitos extrapenais. Assim, diante de uma sentença penal condenatória, havendo ulterior anistia, os efeitos penais, principais e secundários, a exemplo do encarceramento, da indução à reincidência etc., não poderão mais vingar; contudo, não serão apagados os efeitos cíveis da condenação, a exemplo da possibilidade de reparação do dano causado pelo crime e, mais precisamente para a nossa construção, a imposição de sanção disciplinar ao agente do delito que é servidor público. Nesse sentido, Damásio expõe:

"A anistia (CP, art. 107, II, 1ª figura) e a *abolitio criminis* (CP, arts. 2º, *caput*, e 107, III) apagam os efeitos penais da prática do crime e rescindem a sentença condenatória. De modo que favorecido por elas, vindo o sujeito a cometer novo delito, não será considerado reincidente. Elas, entretanto, não extinguem os efeitos civis da sentença condenatória irrecorrível, de maneira que esta pode ser executada no juízo cível no que tange à reparação do dano"**[933]**.

Assim, nenhuma proposta de anistia traria o reflexo de "anistiar" o dano causado, nem a transgressão praticada pelo autor do delito.

Mas a Lei em análise é mais pretensiosa, ou seja, pretende que a anistia seja *expressamente* prevista para as infrações disciplinares, o que, com o devido respeito ao parecer da Comissão de Constituição, parece descabido.

A anistia, em nossa opinião, trata-se de um instituto de natureza constitucional, que deve ficar circunscrito apenas às hipóteses previstas na Constituição, ou seja, à matéria penal (art. 5º, XLIII), tributária e financeira (arts. 152, § 6º, 165, § 6º, e 195, § 11), não podendo, mesmo que ocorra antes da condenação transitada em julgado de um delito militar, obstar a adoção de medidas administrativo-disciplinares por parte do Poder Executivo. Bem verdade que o art. 8º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) menciona uma anistia em âmbito disciplinar, mas tal regra, por tratar-se de um ajuste de transição para uma nova ordem constitucional, e não do corpo regular da *Lei Maior*, deve ser entendida com aplicação limitada ao tempo da entrada

em vigor da Constituição Federal de 1988, não possuindo um espectro de incidência em tempos hodiernos. Em outras palavras, a previsão dos ADCT de uma "anistia disciplinar", apenas confirma sua impossibilidade em situação normal.

Inegável que a anistia tem precipuamente o condão de trazer reflexos no Direito Penal. Nesse sentido, observemos as lições de Alberto Silva Franco:

"Dentre as prerrogativas da União (art. 21, XVII, da CF) inclui-se a concessão de anistia e a iniciativa, nessa matéria, é da competência do Congresso Nacional (art. 48, VIII, da CF). Dessarte, somente através de lei que tramitou, regularmente, pelo Congresso Nacional e foi sancionada pelo Presidente da República, é que se viabiliza a anistia. Como define Carlos Maximiliano, citado por Antonio Lopes Monteiro, anistia 'é um ato do poder soberano, que cobre com o véu do olvido certas infrações criminais, e, em consequência, impede ou extingue os processos respectivos e torna de nenhum efeito penal as condenações'. Embora se cuide de instituto que se aplique predominantemente em crimes políticos, nada impede que possa ser prescrito também em relação a crimes comuns. Em regra, afirma Luiz Regis Prado, 'a anistia é geral ou plena – de concessão ampla e indistinta –, mas admite-se a anistia parcial ou restrita, quando sua concessão encontra-se circunscrita a determinados agentes ou limitada a uma categoria de crimes especificados em lei. Radica a generalidade da anistia não apenas na possibilidade de abranger uma pluralidade de fatos, mas, precisamente, por referir-se impessoalmente ao fato ou fatos anistiados, de modo que resultam impunes seus autores, sejam estes conhecidos ou não, no momento em que a lei foi sancionada. A anistia pode ser própria – quando anterior à condenação – ou imprópria – se concedida após a prolação da decisão condenatória, condicionada ou incondicionada'. Aprovada legalmente, a anistia não pode ser recusada, salvo se se tratar de anistia condicionada, e, se for concedida, não pode ser posteriormente revogada**[934]**.

Entretanto, para os que não se convenceram dessa impossibilidade – concessão de anistia em transgressões disciplinares por falta de respaldo constitucional –, lançamos um outro argumento contra o projeto em análise, qual seja, a lesão ao pacto federativo.

Partamos da equivocada premissa de que a anistia poderia afetar toda e qualquer sanção trazida por lei, como dispõe a Lei n. 12.191/2010 (assim como a Lei n. 12.505/2011). Nesse caso, uma lei da União, sem respaldo constitucional, estaria obrigando aos Estados-Membros a aceitarem uma decisão administrativa – a saber, o impedimento da adoção de medidas disciplinares contra militares dos Estados transgressores –, em clara afronta à liberdade político-administrativa do ente federativo, caracterizadora do pacto supracitado.

Deve-se questionar se a imposição da União ao Governador de um Estado, para que mantenha nas fileiras de sua Polícia Militar um militar que tenha transgredido a disciplina de forma ímpar, não seria evidente intervenção desautorizada constitucionalmente no Estado-Membro. Parece evidente que sim. Mais ainda, será o Governador do Estado quem terá de contornar o problema gerado pela União, inclusive com um imensurável prejuízo à população, do qual o Governo Federal somente tomará conhecimento a distância, como um problema político do Estado-Membro.

Em resumo, não há previsão constitucional para uma anistia em âmbito disciplinar; pior, não há previsão dessa possibilidade como imposição da União para os entes federativos, afrontando a capacidade de autogoverno do Estado-Membro.

Assim, se o Congresso Nacional quiser anistiar todos os militares (federais e estaduais) por crimes militares, por não haver expressa vedação nesse sentido, nada se pode fazer. Agora, caso o Congresso Nacional deseje estender o conceito de anistia para as infrações disciplinares dos militares dos Estados, teremos evidente afronta à liberdade de condução político-administrativa do Estado-Membro, o que tornará a futura lei inconstitucional por afronta ao art. 18 da Constituição da República.

Há ainda outro aspecto constitucional a ser considerado, a saber, o afeto às missões das Polícias Militares.

A missão constitucional das Instituições Militares estaduais está expressa no art. 144 da *Lei Maior*, que, ao tratar da Segurança Pública, disciplina que a "segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e

do patrimônio”, através de alguns órgãos, dentre os quais estão as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares.

Verifica-se, portanto, que a Carta Magna colocou a Segurança Pública nas mãos do Estado, responsável, pois, por mantê-la e também por restaurá-la em caso de perturbação. Contudo, não deixou o constituinte de dar parcela de responsabilidade aos cidadãos, já que sentenciou ser de responsabilidade de todos.

Prossegue o mesmo artigo, agora em seus §§ 5º e 6º, definindo a missão precípua das Instituições Militares Estaduais, consignando que “às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a *preservação da ordem pública*; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil”. (g. n.) Prossegue, ainda, prevendo que as “polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

Há que se compreender que a Constituição Federal, nos dispositivos estudados, não incumbiu às Polícias Militares exercer o “policiamento ostensivo”, mas à “polícia ostensiva”, o que requer uma elasticidade na compreensão, de sorte que toda e qualquer atividade na prevenção do delito, alcançada pela ostensividade, está compreendida na expressão.

Policiamento ostensivo, pelo n. 27 do art. 2º do Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), aprovado pelo Decreto n. 88.777/83**[935]**, é a ação policial “exclusiva das Polícias Militares, em cujo emprego o homem ou a fração de tropa engajados sejam identificados de relance, quer pela farda, quer pelo equipamento, ou viatura, objetivando a manutenção da ordem pública”.

Pois bem, a atuação das Polícias Militares, pela elasticidade que suscita a expressão “polícia ostensiva”, vai além do mero policiamento ostensivo. Tentemos entender o que se propõe pelo estudo da atividade de levantamento criminal por corpo velado de policiais militares que atuam em fase precedente ao policiamento ostensivo, verificando quais locais têm maior incidência criminal

e identificando, às vezes, quais são os autores do delito. Nesse exemplo, embora não haja uma atividade de policiamento ostensivo, e sim policiamento velado, a atuação é perfeitamente compreendida pela expressão "polícia ostensiva", visto que prepara o emprego do policiamento fardado.

Frise-se acerca do policiamento ostensivo, por fim, que não há mais exclusividade da atividade ostensiva para as Polícias Militares. Hoje, no "sistema de segurança pública", outros órgãos podem exercer o "patrulhamento ostensivo", a saber, a Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Ferroviária Federal. Para alguns, o "policiamento ostensivo" abrange o "patrulhamento ostensivo", marcado por uma extrema limitação espacial de atuação (só nas rodovias ou ferrovias federais, p. ex.). Outros não veem tal distinção. Seja como for, o emprego fardado e armado de uma instituição integrante do "sistema de segurança pública" já não é exclusividade das Polícias Militares.

Verifica-se, também, que a redação atual da Constituição da República é mais feliz que a redação da Constituição anterior, uma vez que grafa a expressão "preservação da ordem pública", em vez de "manutenção da ordem pública". Pelo texto em vigor, além de manter, dar continuidade, devemos restaurar a ordem pública, o que levou vários estudiosos, como citam Soares, Souza e Moretti, a sacramentar que "pode a Polícia Militar atuar na esfera de atribuições de outros órgãos policiais, na falência ou inoperância destes"**[936]**.

Com efeito, se a expressão "polícia ostensiva" já significou uma ampliação, a expressão "preservação da ordem pública" potencializa a atribuição constitucional das Polícias Militares a um patamar inimaginável. Em outros termos, tomando por base que a ordem pública pode ser compreendida sob três aspectos – segurança pública, salubridade pública e tranquilidade pública –, a missão constitucional das Polícias Militares não encontra limites legais estritos. Nesse sentido, muito bem expõe Alvaro Lazzarini que, no que interessa especialmente às Polícias Militares, "a ordem pública, que elas têm por missão assegurar, definir-se-á pelo seu caráter principalmente material, cuidando de evitar desordens visíveis, isto é, só as manifestações exteriores de desordem justificam sua intervenção, como lembra, com ponderação, Jean Rivero, que, ainda, acrescenta o caráter público de sua ação em geral, ou seja, a polícia não só respeita o foro íntimo, como ainda o domicílio privado, exceto na medida em

que as atividades que aí se desenrolarem tiverem efeitos externos, havendo, até mesmo, um caráter limitado nessa ação à tranquilidade, à segurança e à salubridade, tudo sem prejuízo de que, no caso particular das polícias especiais, a noção de ordem pública pode receber um conteúdo mais vasto"**[937]**.

Não interessa à missão das Polícias Militares, dessarte, apenas a execução do policiamento ostensivo, incurso no conceito mais abrangente de "polícia ostensiva", com vistas à segurança pública, mas também, **em situações específicas**, a atuação em outros setores da sociedade organizada – não só de outros órgãos policiais, assim pensamos – de forma a garantir a não agressão à ordem pública em sua tríplice acepção. Recorramos aos exemplos hipotéticos:

1) em determinado Estado da Federação, a Polícia Civil implementou uma paralisação total de seu efetivo, de modo que nenhum registro de polícia judiciária comum possa ser feito; nesse caso, embora não integrante da fase administrativa do ciclo de polícia, a Polícia Militar, por determinação específica do Chefe do Poder Executivo, poderá assumir essa atividade em nome da preservação da ordem pública, focando o aspecto da segurança pública;

2) em determinada Capital, os motoristas de ônibus do transporte coletivo decidem por uma paralisação total, que comprometerá a tranquilidade pública, levando a um incalculável prejuízo à atividade produtiva; aqui também, em nome da preservação da ordem pública, agora focando a tranquilidade pública, a Polícia Militar poderá suprir a necessidade surgida, colocando seus integrantes na condução de ônibus do transporte público;

3) em face de grande epidemia de determinada doença, levando a um sensível abalo da saúde pública, os integrantes das Polícias Militares podem ser empregados, por exemplo, na eliminação de focos de irradiação da doença ou até mesmo, por seu corpo de Oficiais do Quadro de Saúde, no tratamento dos enfermos já contaminados; neste caso, estaria em foco a saúde (salubridade) pública.

Como se percebe claramente nos exemplos acima, a vontade do constituinte, se respeitada, transforma a Polícia Militar em verdadeiro "soldado de reserva" da Unidade Federativa, podendo, pois, ser empregada para fins outros – sempre ligados ao interesse público, lógico –, e na necessidade extrema,

frise-se, suprindo a ausência de outras instituições públicas e atividades da sociedade civil organizada.

A realidade acima apresentada, note-se, tem respaldo na Constituição Federal e na legislação (em sentido amplo) federal, devendo seguir certo paralelismo na legislação das Unidades Federativas.

Exemplificativamente, no Estado de São Paulo, a Lei n. 616/74 transporta os dispositivos enumerados – embora com influência da anterior Constituição, mas com as mesmas características – para a realidade estadual. Além das missões conferidas pelo Decreto-Lei n. 667/69 para todas as Polícias Militares do Brasil, a referida Lei estadual dispõe que cabe à Polícia Militar do Estado de São Paulo, dentre outras, a obrigação de atender às requisições que sejam impostas pelo Poder Judiciário e cumprir missões especiais que o Governo do Estado lhe determinar.

Assim, na falência de um órgão público, e. g., por determinação do Governo do Estado, a Polícia Militar de São Paulo irá suprir a ausência, desempenhando a atividade correlata, em alinho ao disposto na Constituição Federal ("preservação da ordem pública").

Toda essa confiança na eficiência das Polícias Militares parte de um processo desencadeado no tempo, em que, paulatinamente, o Poder Político percebeu que nos piores abalos que ameaçavam os poderes constituídos nos Estados-Membros, sempre quem estava prestes a agir mediante ordem era a Polícia Militar e os Corpos de Bombeiros Militares, com uma peculiaridade muito relevante: os seus integrantes não possuem o direito constitucional à greve, por vedação expressa do art. 142, § 3º, IV, cc § 1º do art. 42, tudo da CF.

Em outros termos, os Governadores dos Estados têm confiança nas Polícias Militares pelos relevantes serviços executados e pela constância característica de sua presença, já que não pode haver paralisação grevista de seus membros, que, aliás, por previsão constitucional do *caput* do art. 42, possuem estrutura arrimada na hierarquia e na disciplina.

Ocorre que a simples previsão constitucional vedando a greve, sem indicar os instrumentos eficazes para fazê-la valer, seria verdadeiro preceito sem

sanção, inócuo em face da estrutura de segurança pública que o constituinte pretendeu dar aos Estados. Nesse contexto surgem o Código Penal Militar e os Regulamentos Disciplinares das Instituições Militares. São eles que fazem valer a vontade trazida pela norma constitucional, de ter, no âmbito estadual, uma Instituição que possa ser empregada em vários setores do Poder Público e que não possa sofrer paralisações de nenhuma espécie.

Nesse diapasão, anistiar os grevistas, seja somente nos crimes militares, seja também (e pior) nas transgressões disciplinares, é um verdadeiro ato de castração dos governadores e, pior, da vontade constitucional.

Seja como for, apesar de nossas ponderações, a Lei surgiu no cenário jurídico, e os policiais militares e bombeiros militares dos Estados nela consignados foram anistiados, sendo impossível, a nosso ver, a reversão dessa condição, ainda que se ataque a Lei por ação direta de inconstitucionalidade, dado o caráter de irrevogabilidade da anistia, porquanto, como já dispusemos, sua revogação implicaria retroatividade dos efeitos anteriores, prejudicando o agente.

No mais, aproveitamos os comentários feitos acerca da anistia quando tratamos do Direito Penal comum.

10.3.2.2. Indulto

Retomando as lições de Mirabete, "a graça, forma de clemência soberana, destina-se a pessoa determinada e não a fato, sendo semelhante ao indulto individual. A Constituição Federal vigente, porém, não se refere mais à graça, mas apenas ao indulto (art. 84, XII). Por essa razão, a Lei de Execução Penal passou a tratá-la como indulto individual, o que não ocorreu na reforma da Parte Geral do Código Penal"**[938]**, de sorte que, como já mencionamos, o indulto em conotações atuais tem natureza individual ou coletiva, visto que a graça não foi referida pelo dispositivo constitucional (exceto no art. 5º, XLIII, da CF).

O CPM, como se percebe na redação do art. 123, de forma acertada não menciona mais a graça, compreendida na acepção de indulto individual. Dessa forma, os comentários feitos acima para o indulto (coletivo e individual)

devem ser aproveitados aqui.

10.3.3. "Abolitio criminis"

O Código Penal Militar também consagrou tal dogma, em seu art. 2º, ao prever: "Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil".

Valem aqui os comentários consignados acima sobre a *abolitio criminis*, com as adaptações das menções aos dispositivos legais.

10.3.4. Prescrição

Também será abordada em tópico específico, comparando-a com o Direito Penal comum.

10.3.5. Ausência da decadência, perempção, renúncia ao direito de queixa e perdão do ofendido aceito pelo querelado como causas extintivas da punibilidade no Direito Penal Militar

Em um primeiro momento pode causar estranheza ao estudioso do Direito Penal o fato de o Código Penal Militar não prever a decadência, perempção, renúncia ao direito de queixa e do perdão do ofendido aceito pelo querelado como causas extintivas da punibilidade, diversamente do que faz o Código Penal comum no art. 107.

A estranheza se dissipa, todavia, quando o operador do Direito Penal Militar compreende a ação penal militar, que, em regra, é pública incondicionada, em que tais institutos são inexistentes.

Como vimos, a ação penal militar se desenvolve sob a forma de ação penal pública incondicionada, à exceção de alguns crimes contra a segurança externa do País, em que a ação penal pública está condicionada à requisição do Ministro da Justiça ou do Ministro da Defesa. Como foi exposto, a requisição, diversamente do que ocorre com a representação, não comporta prazo

decadencial, o que impede a previsão da extinção da punibilidade pela decadência nesses casos.

A perempção, a renúncia ao direito de queixa e o perdão do ofendido aceito pelo querelado – além da decadência, possível se não observado o prazo da representação e da queixa-crime – são institutos próprios da ação penal privada exclusiva, inexistente no Direito Penal Militar, que tão só comporta a ação penal privada subsidiária.

Por essas razões, não existem no Direito Penal Militar as causas extintivas da punibilidade em comento.

Por outro giro, deve ser avaliada uma questão bem pontual nesse assunto, resumida na discussão da influência do reconhecimento de uma dessas causas na Justiça Comum, nos casos que, pretensamente, deveriam ser julgados pela Justiça Militar.

Para situar bem a questão, lancemos mão de um exemplo. Um Policial Militar, em serviço, envolve-se em um acidente de trânsito causando lesão corporal a uma pessoa, um civil. Há, no atual cenário, a discussão se esse fato configuraria crime militar, diante do que dispõe a alínea *c* do inciso II do art. 9º do CPM, ou crime comum, processado à luz do art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro, conforme comanda a Súmula 6 do Superior Tribunal de Justiça. Embora a questão já esteja pacificada em alguns Estados, como no Estado de São Paulo, onde, pelo Provimento n. 003/05-CGer, o Tribunal de Justiça Militar comanda a decisão em favor da competência da Justiça Militar, há alguns casos em que se percebe o duplo registro dos fatos e até dupla apreciação do Poder Judiciário. Dessa situação pode resultar que, por exemplo, uma vez apreciado o fato na Justiça Comum, reconhecendo-se a extinção da punibilidade pela decadência diante da ausência de representação do ofendido, em face do que dispõe o art. 88 da Lei n. 9.099/95 – ou mesmo pelo termo da suspenção condicional do processo, o que é mais provável ocorrer, como dispõe o § 5º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 –, haja a tentativa de apreciação do mesmo fato na Justiça Militar, devendo-se verificar qual o reflexo do reconhecimento da extinção da punibilidade no foro castrense.

Obviamente, deve-se partir de uma decisão judicial na Justiça Comum que reconheça a extinção da punibilidade que tenha conhecido o trânsito em julgado.

Nesta situação, embora haja construção em contrário, parece-nos evidente a impossibilidade de processamento perante a Justiça Militar, em favor da imutabilidade da coisa julgada material, extraída do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal.

Essa visão, ainda pouco discutida doutrinariamente, encontra guarida na jurisprudência.

No Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, essa concepção ficou bem evidente no Recurso de Ofício n. 83/98 (Feito n. 19.355/97, 4ª Auditoria), julgado em 29 de novembro de 2001, tendo por relator o Cel. PM Avivaldo Nogueira Júnior, com decisão unânime do Pleno:

"Havendo demandas idênticas na Justiça Militar e na Justiça Comum, a decretação da extinção da punibilidade do agente pela última, com trânsito em julgado, produz os efeitos da coisa julgada e, consequentemente, o arquivamento do processo nesta Especializada".

A visão aqui sustentada, ademais, já alcançou o Superior Tribunal de Justiça. A Quinta Turma do STJ, em sede do *Habeas Corpus* n. 90.472/RS, em 3 de novembro de 2009, sob a relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, assim decidiu:

"*HABEAS CORPUS*. Direito Penal Militar. Constrangimento e lesões leves (arts. 222, § 2º, e 209, *caput*, ambos do cpm). Paciente que, pelos mesmos fatos, já cumpriu obrigação imposta em transação penal (prestação de serviços à comunidade), perante juizado especial criminal, com extinção da punibilidade. Denúncia recebida pelo juízo militar. Alegação de incompetência absoluta da Justiça Comum. Princípio do *ne bis in idem*. Centralidade, em nosso ordenamento constitucional, dos direitos e garantias individuais. Parecer do mpf pela concessão da ordem. Ordem concedida, para trancar a ação penal em curso na 1ª auditoria da Justiça Militar/rs.

1. A sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente – ou, como se dá no caso, a homologação de transação penal proposta pelo Parquet –, embora nula, *pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado*. Assim, apesar de eivada de nula, a decisão do Juízo Especial Criminal tem como consequência a proibição da *reformatio in pejus*.

2. *A coisa julgada material significa a imutabilidade do comando contido na sentença*. Na seara penal, a *res judicata* sustenta-se sobre a necessidade de segurança que a ordem jurídica demanda.

3. Ao confrontar a competência absoluta da Justiça Militar e o princípio do *ne bis in idem*, deve a solução tender para esta, em razão da centralidade dos direitos e garantias individuais em nossa Carta Constitucional.

4. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

5. Ordem concedida, para determinar *o trancamento da Ação Penal em curso na 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul*".

O mesmo se verifica, ainda no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, no Recurso de Ofício n. 87/02 (Feito n. 30.354/01, 4ª Auditoria), julgado em 6 de junho de 2002, relator o Cel. PM Lourival Costa Ramos:

"Havendo demandas idênticas na Justiça Militar e na Justiça Comum, a decretação da extinção da punibilidade do agente pela última, com trânsito em julgado, produz os efeitos da coisa julgada e, consequentemente, a imutabilidade da 'res judicata' e o arquivamento do processo nesta Especializada".

Finalmente, malgrado nossa visão pela necessidade do trânsito em julgado da decisão da Justiça Comum, é possível encontrar casos em que mesmo sem uma decisão irrecorrível, decisão que extinga a punibilidade, apenas por haver em curso suspensão condicional do processo, não se admitiu ação penal militar, reconhecendo-se a preclusão. É o caso do Supremo Tribunal Federal, cuja Segunda Turma, no *Habeas Corpus* n. 91.505/PR, em 24 de junho de 2008, relatora a Ministra Ellen Gracie, decidiu:

"AÇÃO PENAL. Crime militar. Causa processada perante a Justiça

estadual. Suspensão condicional do processo. Aceitação. Benefício não revogado. Instauração de nova ação penal na Justiça castrense, pelo mesmo fato. Inadmissibilidade. *Preclusão consumada*. HC concedido. Voto vencido. Estando em curso suspensão condicional do processo penal, não pode, pelo mesmo fato, outro ser instaurado, ainda que em Justiça diversa".

Por óbvio, se o caso se trata de concurso de crime comum e de crime militar, havendo a extinção da punibilidade para o crime comum, a ação penal militar poderá desenvolver-se normalmente. Nessa linha encontra-se o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Militar de São Paulo no *Habeas Corpus* n. 2.106/09 (Feito n. 46.228/06, 4ª Auditoria), julgado em 30 de junho de 2009, tendo por relator o Juiz Evanir Ferreira Castilho:

"Não há de se falar em improcedência da ação penal, tampouco se vislumbra ilegalidade evidente, a ponto de se acolher a presente impetração, que busca o trancamento do procedimento criminal em curso. Conquanto versando sobre a mesma conduta, os crimes foram cometidos *em concurso material, do que resultam competências distintas para a apuração das responsabilidades criminais*. A extinção da punibilidade pelo delito de abuso de autoridade, no Juizado Especial Criminal, não se revela como óbice capaz de elidir o exame do crime de peculato-furto por esta Justiça Castrense. Ausência de ato ilegal, a ser combatido nesta estreita via".

10.3.6. Perdão judicial no Direito Penal Militar

Como vimos acima ao tratar do Direito Penal comum, haverá o perdão judicial nos casos em que o fato, embora caracterizado como crime e sendo o agente culpado, o juiz deixe, por motivos especiais, de aplicar a sanção penal, caracterizando-se como um "instituto através do qual a lei possibilita ao juiz deixar de aplicar a pena diante da existência de determinadas circunstâncias, expressamente determinadas"**[939]**.

Não há previsão expressa do perdão judicial no art. 123 do CPM, contudo, sua aplicação para os crimes militares é relativamente aceita.

Iniciemos pelo entendimento contrário do Superior Tribunal Militar.

O acórdão proferido na Apelação n. 1999.01.048242-3/SP, julgada em 26 de agosto de 1999, sob relatoria do Ministro Germano Arnoldi Pedrozo, negou a aplicação do instituto nos seguintes termos:

"Apelação. Lesão culposa. Perdão Judicial. Inaplicabilidade. Age com imprudência o militar que, ao fazer demonstração de arma de fogo municiada, manuseia-a sem o dever de cuidado e observância às regras exigidas, causando lesão em companheiro de farda, ainda mais em se tratando de militar experiente com armamento militar. A aplicação subsidiária do perdão judicial importa em extinção da punibilidade, hipótese não prevista no elenco constante do art. 123 do CPM. Apelo improvido. Decisão unânime".

Em decisão mais recente (28-3-2006) o STM confirmou seu entendimento ao julgar a Apelação n. 2005.01.050089-8/DF, sob relatoria do Ministro Flávio Flores da Cunha Bierrenbach:

"APELAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO. DISPARO ACIDENTAL. FATO TÍPICO E ILÍCITO. CULPABILIDADE PRESENTE. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. AUTORIA E MATERIALIDADE PROVADAS. PERDÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE. FIGURA ESTRANHA AO DIREITO PENAL MILITAR.

1. Recurso defensivo contra decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar, que condenou soldado do Exército à pena de 01 ano de prisão, como incurso no artigo 206 do Código Penal Militar, com benefício do 'sursis' pelo prazo de 02 anos;

2. Militar vítima de homicídio culposo, decorrente de disparo acidental resultante de demonstração de procedimentos de segurança;

3. O agente do crime praticou ação voluntária, que deu causa a resultado lesivo não querido, mas previsível e evitável. Declarou em juízo que tinha consciência das possibilidades de disparo de uma arma carregada e municiada;

4. Agente imputável, conhecedor do caráter ilícito da conduta, sendo-lhe exigível comportamento conforme o direito. Culpabilidade presente;

5. Não há possibilidade de aplicação do perdão judicial ao presente caso, por tratar-se de figura estranha ao direito penal militar;

6. Apelo improvido. Sentença mantida. Decisão unânime".

Entretanto, é possível encontrar, como nos apetece, visões favoráveis à aplicação do perdão judicial no Direito Penal Militar.

Em primeiro plano, há quem sustente que existem, sim, hipóteses de perdão judicial no Código Penal Castrense, não no rol exemplificativo do art. 123, mas em dispositivo específico previsto na Parte Especial do referido *Codex*. É o caso do parágrafo único do art. 255, que ao tratar da receptação culposa dispõe: "Se o agente é primário e o valor da coisa não é superior a um décimo do salário mínimo, o *juiz pode deixar de aplicar a pena*". Nesse sentido é o magistério de Jorge César de Assis**[940]**.

Já se considerou, ademais, como perdão judicial a previsão expressa no parágrafo único do art. 260 do CPM, que ao tratar do dano atenuado dispõe:

"Art. 260. Nos casos do artigo anterior, se o criminoso é primário e a coisa é de valor não excedente a um décimo do salário mínimo, o juiz pode atenuar a pena, ou considerar a infração como disciplinar.

Parágrafo único. O benefício previsto no artigo é igualmente aplicável, se, dentro das condições nele estabelecidas, o criminoso repara o dano causado antes de instaurada a ação penal".

Nesse sentido, *vide*, no Superior Tribunal Militar, o Acórdão n. 1989.01.045900-6/RJ, julgado em 31 de maio de 1990, sob a relatoria do Ministro José Frederico Machado de Sant'Anna:

"I – Fato delitivo, que exsurge provado, em todos seus contornos. II – Ausentes os pressupostos legais, que *ensejam o perdão judicial, previsto no art. 260, parágrafo único, do CPM*. III – Agravante do artigo 70, inciso II, letra 'b', do CPM, que se mostra configurada, ante a prova de que o acusado encontrava-se de serviço. IV – Pena que se mostra exacerbada no seu 'quantum'. V – A unanimidade, provido parcialmente o recurso defensivo, reduzindo-se a pena imposta e mantido o benefício do 'sursis'".

Embora discutível a natureza jurídica dos dispositivos acima – se hipótese de perdão judicial ou de atipicidade pela insignificância –, a possibilidade de perdão judicial para crimes militares pode ser construída a partir da analogia *in bonam partem*, trasladando o instituto contemplado no Código Penal comum, a exemplo dos arts. 121, § 5º, 129, § 8º, e 180, § 3º, para os casos similares do Código Penal Militar.

Não é pacífica, obviamente, essa visão; contudo, é possível verificar algumas pessoas que a defendem.

Iniciando pela doutrina, Ronaldo João Roth vislumbra a possibilidade de aplicação de algumas causas de extinção de punibilidade do CP ao CPM. Aduz que:

"Basta ver, nessa linha, que as hipóteses de extinção da punibilidade não se esgotam no âmbito do CPM como, por exemplo, ocorre no caso do perdão judicial no Código Penal Comum (CP Comum) previsto para o homicídio culposo ou para a lesão corporal culposa.

A aplicação de causas de extinção da punibilidade, previstas na legislação penal comum aos casos previstos no CPM, são tecnicamente possíveis em face da analogia, como já defendemos expressamente no nosso artigo 'A aplicação dos institutos do Direito Penal Comum no Direito Penal Militar'"**[941]**.

No plano jurisprudencial, também se verifica a aceitação do instituto fora das causas expressas do CPM.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 91.155/SP, em 21 de junho de 2007, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, embora instada, não decidiu acerca do cabimento de perdão judicial em crimes militares, pela impossibilidade da via eleita. Entretanto, embora não tenha dado guarida a essa possibilidade, ao menos não a negou peremptoriamente, entendendo que merece estudo mais detido:

"*EMENTA*: *HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME MILITAR. PENA DE DETENÇÃO. *SURSIS*. PERDÃO JUDICIAL. IMPOS-SIBILIDADE PELA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA.

DESCABIMENTO EM CRIMES MILITARES. PRECEDENTE. ORDEM DENEGADA. I – *O pedido de perdão judicial, não previsto na legislação castrense, demanda profundo exame de provas*, sendo descabido em sede de *habeas corpus*; II – Não cabe substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em delitos militares, sendo inaplicável a analogia na espécie; III – Ordem denegada".

No âmbito estadual, no entanto, essa possibilidade tem sido mais bem aceita.

No Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, em sede da Apelação Criminal n. 5149/02 (Feito n. 029888/01, 1ª Auditoria), a Segunda Câmara, em 17 de junho de 2004, relatoria do Juiz Paulo Prazak, decidiu:

"A concessão de *perdão judicial* a policial militar que se encontra em estado vegetativo é causa extintiva da punibilidade e configura renúncia à imposição da pena, por sua flagrante inutilidade. Extinção da punibilidade que exime o réu de qualquer consequência penal e torna insubsistente a natureza condenatória da sentença".

Por fim, deve ser considerada a possibilidade de concessão de perdão judicial em crime militar, por força de lei extravagante, como é o caso da Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, que trata da proteção de vítimas e testemunhas, a qual, em seu art. 13, estabelece:

"Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o *perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade* ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a

personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso".

Hipótese nítida de delação premiada, o artigo acima transcrito atinge um estágio máximo em relação às normas antecedentes à Lei em comento, possibilitando o perdão judicial em face da colaboração do acusado com a Justiça Criminal, desde que se alcance uma das situações dos incisos do art. 13.

Nos dizeres de Nucci, "delatar significa acusar ou denunciar alguém, no sentido processual, utilizando o termo quando um acusado, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma (...), parece-nos que a delação premiada é um *mal necessário*, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração daqueles que conhecem o esquema e dispõem-se a denunciar coautores e partícipes"**[942]**.

A "lei de proteção de vítimas e testemunhas", nitidamente se percebe, não surgiu no cenário jurídico apenas atrelada ao crime comum, podendo ser estendida para aplicação aos crimes militares, visão também desfrutada, ao que se infere, por Jorge César de Assis**[943]**. Nesse sentido, em primeiro plano, deve-se notar que a Lei, para a aplicação do art. 13, não se prende a um delito ou a uma espécie de delito específico, e sim à condição do acusado-colaborador, que pode muito bem estar sendo acusado em uma ação penal militar. Em segundo momento, ainda que houvesse expressa previsão para crimes comuns, excluindo-se os crimes militares – o que, repetimos, não há –, por se tratar de um benefício, seria possível o traslado do instituto para o Direito Penal Militar por *analogia "in bonam partem"*.

Em suma, portanto, é perfeitamente possível a defesa do perdão judicial como causa de extinção da punibilidade nos crimes militares, a exemplo dos casos supracitados.

Aliás, é bom que se anote, essa visão já foi muito bem sustentada por Ronaldo João Roth, nos seguintes termos:

"Sem embargo das medidas decorrentes da nova Lei, com reflexos penais e processuais penais, como se falou, certo é que o militar – seja da ativa ou da reserva – estará sujeito, se coautor ou partícipe do crime, a ter sua conduta analisada sob o prisma ético-disciplinar, nos termos legais da legislação da caserna, questão esta que certamente não deixará incólume a infração penal por ele praticada. Destarte, insere a nova Lei, no cenário penal castrense, figuras não previstas nos Diplomas Específicos – Penal e Processual Penal Militares –, como a delação premiada com o perdão judicial e a colaboração voluntária com diminuição de pena, implementando a proteção de testemunhas, vítimas e réus colaboradores, sejam civis ou militares, evidenciando a preocupação do legislador no combate à criminalidade e, por isso, instituindo medidas concretas na persecução penal, que, como manifestei, tem inteira aplicabilidade na Justiça Militar, pois o crime, como fato antissocial, não deve ser combatido pela metade, salvaguardando qualquer ideologia, partido, condição social ou profissão de seu autor, devendo, sem tergiversação, sua ocorrência ser objeto de responsabilização daqueles que o praticaram – com o consectário legal dos benefícios para os colaboradores que se arrependerem de sua prática.

Deflui, por derradeiro, da referida Lei, um importante instrumento posto ao encarregado do IPM, seja para elucidar o fato criminoso apurado, seja para amparar efetivamente as pessoas de que depende o seu trabalho na repressão do crime"168-A.

11. PRESCRIÇÃO

11.1. Introdução

Prescrição penal pode ser entendida como a perda do *jus puniendi* (ou do *jus punitionis*, no caso de incidir sobre a pretensão executória da pena) do Estado em razão de sua inércia em satisfazê-la durante os prazos estipulados pela lei.

Tem natureza jurídica de direito material, pois configura um direito subjetivo do autor de não ser punido por um fato tido como delituoso após o decurso de determinado tempo. Por essa razão, seus prazos têm natureza penal, ou seja, conta-se o dia do começo, sem ser suspenso em férias, finais de semana e feriados, tampouco admitindo prorrogação. É o que se extrai da análise do art. 16 do Código Penal Militar, o qual dispõe que nos institutos ligados ao direito material (pena, prescrição etc.) será contado o dia do começo, concluindo-se que o dia do fim deve ser excluído. Ademais, é lugar comum que os dias, os meses e os anos são contados pelo calendário comum, ou seja, não importa se o mês tem 29, 30 ou 31 dias, é contado o mês do dia em que começou o prazo até a véspera do mesmo dia no mês subsequente. Como exemplo, um mês a contar dia 15 de fevereiro vence em 14 de março. Embora não haja previsão específica no CPM, deve-se entender, por analogia do art. 11 do Código Penal, que as frações de dia nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direito serão desprezadas.

A prescrição se opera em razão da necessidade de combater a desídia da estrutura punitiva, ao mesmo passo que evidencia a inconveniência de punir o agente muito tempo após o crime. Todavia, as razões (fundamentos) dessa possibilidade são muito discutidas.

Os fundamentos para a aceitação da prescrição no sistema jurídico variam de acordo com a teoria que se adote. Para alguns, pelo decurso do tempo, a lembrança do delito se apaga, não causando mais temor e, consequentemente, não mais demandando punição (*teoria do esquecimento*). Para outros, após decorrido certo prazo, a expectativa do autor de que pode ser sancionado já lhe serve como expiação, não havendo mais por que, após esse prazo, aplicar uma sanção (*teoria da expiação*). Numa terceira vertente, sustenta-se que a repressão penal, após certo tempo, seria muito difícil além de poder ser injusta, porquanto a prova do delito poderá não sobreviver com a mesma clareza em vistude desse prazo decorrido (*teoria da dispersão das provas*). Em mais uma construção, argumenta-se que o comportamento do delinquente, pelo simples decurso do tempo, modifica-se, sendo possível uma regeneração que leva à desnecessidade da pena (*teoria da emenda do delinquente*). Por fim, defende-se a ideia de que o decurso do tempo altera o modo de ser e de pensar do infrator, tornando-o pessoa diversa daquela que praticou o delito (*teoria psicológica*). Esta última teoria parte

de um princípio filosófico pré-socrático, atribuído a Heráclito, segundo o qual nada em nosso mundo é permanente, encontrando-se em constante transformação, ou seja, *tudo flui*, mudando o tempo todo. "As coisas vêm a existir em seus modos diferentes e nunca serão as mesmas em dois momentos seguidos enquanto existirem, até finalmente deixarem de existir de novo. Nós mesmos somos assim. (...) A mudança é a lei da vida e do universo. Ela manda em tudo. Nunca escaparemos dela"**[944]**.

Avaliando as teorias acima descritas, assiste razão a Guilherme Nucci ao postular que todas elas, em conjunto, explicam a existência da prescrição**[945]**; no entanto, parece adequado sustentar, em adição, que a prescrição, calcada no conjunto teórico acima, resume-se em uma opção legislativa que também encontra fundamento na dignidade da pessoa humana, esteio do Estado Democrático de Direito, nos termos do inciso III do art. 1º da Constituição Federal. Não parece condizente com a condição humana que alguém possa ser objeto de uma repressão sobrevivente ao tempo sem termo para acabar, quase levada como questão de honra pelos agentes do Estado, qual sofreu Jean Valjean pelo Inspetor Javert, na festejada obra de Victor Hugo: "Javert não procedeu, como costumava, não dando explicações daquilo a que vinha, nem mostrando a ordem de prisão, que lhe transmitiram; João Valjean para ele era um como combatente misterioso e inacessível, um lutador tenebroso, que há cinco anos estreitava nos braços, sem poder deitá-lo a terra. Aquela prisão não era um princípio, era um fim. Por isso limitou-se a dizer: 'Vamos! Depressa!'"**[946]**.

Todavia, ainda que esse raciocínio parta da própria Constituição Federal, ela própria excepciona a regra da prescritibilidade dos crimes em casos pontuais, como abaixo será abordado.

A aferição do prazo prescricional, frise-se ainda em caráter introdutório, pode ter por parâmetro a pena abstratamente cominada ao crime ou aquela aplicada concretamente ao caso. "No primeiro caso, não tendo ainda havido a condenação, inexiste pena determinada e definitiva para servir de base ao juiz ao cálculo da prescrição. Portanto, utiliza-se a pena máxima em abstrato prevista para o delito. Se houver a incidência de causa de aumento, aplica-se à pena máxima o máximo do aumento (busca-se o limite que o juiz teria para fixá-

la e não a pena justa); se houver a incidência de causa de diminuição, aplica-se o mínimo. No segundo caso, já tendo havido condenação com trânsito em julgado, ao menos para a acusação, a pena tornou-se concreta e passa a servir de base de cálculo para a prescrição. Nesse sentido, conferir o disposto na Súmula 146 do STF: 'A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação'"[947].

Por se tratar de um direito público subjetivo, a prescrição constitui matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida de ofício ou por provocação das partes, em qualquer fase da persecução criminal. Essa concepção torna-se evidente com a leitura do art. 133 do Código Penal Militar: "A prescrição, embora não alegada, deve ser declarada de ofício".

Existem duas espécies primeiras de prescrição: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória.

11.2. Prescrição da pretensão punitiva

A *prescrição da pretensão punitiva* traduz-se pela perda, pelo Estado, do direito de punir, no que se refere à pretensão do Poder Judiciário de julgar a lide e aplicar a sanção abstrata ao caso concreto. Ocorre, portanto, antes do trânsito em julgado da sentença.

A fixação dos prazos prescricionais ocorre de acordo com disposição legal, tomando por base a pena cominada ao crime ou efetivamente imposta ao crime. Dessa premissa, pode-se concluir que existem dois tipos de prescrição da pretensão punitiva: aquela que tem por base a pena máxima cominada ao crime (*prescrição em abstrato*) e aquela que tem por base a pena efetivamente aplicada ao crime no caso concreto (*prescrição em concreto*).

11.2.1. Prazos da prescrição da pretensão punitiva

Fixada a pena em que se trabalhará, em abstrato ou em concreto, o aplicador da lei penal militar deve observar uma equivalência prescricional definida na própria lei. Essa equivalência, no CPM, está no art. 125, que trata dos

prazos prescricionais, na seguinte conformidade:

"Art. 125. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I – em trinta anos, se a pena é de morte;

II – em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

III – em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito e não excede a doze;

IV – em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro e não excede a oito;

V – em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois e não excede a quatro;

VI – em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VII – em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano"**[948]**.

Há, ainda, prazos específicos de prescrição, a saber:

a) para o crime de deserção, pois, nos termos do art. 132 do CPM, "embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta", circunstância que será comentada abaixo, mais amiúde;

b) para os crimes apenados, na forma máxima, com reforma ou suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, os quais, nos termos do art. 127 do referido *Codex*, prescreverão em quatro anos; como exemplo, o crime de prática de comércio por oficial, tipificado no art. 204 do CPM.

No caso de concurso de crimes ou de crime continuado, nos termos do § 3º do art. 125 do CPM, a prescrição é referida não à pena unificada, mas à de cada crime considerado isoladamente. Assim, antes da fixação de uma

condenação concreta, cada crime prescreverá a seu prazo. No entanto, se até a sentença não houve a prescrição, o órgão julgador irá definir a pena aplicada, mas também deverá considerar cada delito isoladamente, “não devendo ser levado em consideração o acréscimo da reprimenda resultante do concurso de delitos. Portanto, ao prolatar a sentença, quando houver crime continuado ou concurso formal, o juiz deverá fixar a pena-base por cada delito para, somente após, aumentá-la em face do concurso formal ou continuação, justamente para que seja possível a apuração da prescrição por cada crime isoladamente (...). Contudo, se o juiz não fixar na sentença a pena por cada delito, já não mais será possível o cálculo da prescrição do crime de menor gravidade. Neste caso, a prescrição será aferida pela pena do delito mais grave, utilizada como base para acrescentar o aumento decorrente do concurso de crimes”**[949]**. Note-se que no Direito Penal Militar, a imposição isolada de penas para cada crime em concurso ou no crime continuado é mais comum, porquanto a regra de unificação da pena, nos termos dos arts. 79 e 80 do CPM, é o cúmulo material, salvo se penas de mesma espécie, quando haverá exasperação.

Anote-se, ademais, que, nos termos do art. 129 do Código Penal Militar, os prazos prescricionais, e aqui se refere não só da pretensão punitiva como também da pretensão executória, são reduzidos de metade quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 ou maior de 70 anos de idade.

Há evidente diferença entre a regra acima apontada e o art. 115 do Código Penal, já que neste dispositivo há a previsão de redução de prazo para o agente que, na data da sentença, era maior de 70 anos, e não, como no CPM, no momento do crime. Embora mais correta a previsão do Código Penal comum, deve-se lembrar que a opção legislativa no Código Castrense foi mais severa, não havendo, isso há de ser reconhecido, omissão evidente da lei penal militar que permita a analogia *in bonam partem*, trasladando o instituto do art. 115 do CP. Há que se questionar, todavia, se o art. 129 é consentâneo com o novo enfoque dado ao idoso, podendo-se chegar à conclusão de que o rigor da norma do CPM leva à sua não recepção pela ordem constitucional. A finalidade do instituto não é outra senão evitar a prisão de pessoa em idade avançada, alinhando-se a uma nova concepção do Direito Penal, em harmonia com a dignidade humana do idoso. Nesse sentido, *vide* a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“*HABEAS CORPUS*. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PACIENTE MAIOR DE 70 ANOS NA DATA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que a reforma parcial da sentença, tão somente em relação à dosimetria da pena, não desconstitui o decreto condenatório, continuando o referido provimento a constituir marco interruptivo da prescrição, a teor do art. 117, IV, do Código Penal.

2. Esta Corte de justiça já decidiu no sentido de que o termo ‘sentença’, contido no art. 115 do Código Penal, pode ser interpretado de forma ampla, devendo ser lido como o último provimento judicial, admitindo a aplicação da norma quando o condenado completar 70 anos na data do julgamento da apelação por ele manejada, mormente quando o referido recurso é provido parcialmente, como ocorreu na hipótese dos autos.

3. Por se tratar de interpretação mais favorável ao agente, além de estar de acordo com a finalidade da norma de evitar a prisão de pessoa em idade avançada, deve-se aplicar o redutor do prazo prescricional ao paciente, que contava com mais de 70 anos quando do julgamento da apelação, cujo acórdão se limitou a redimensionar a pena imposta, reduzindo-a.

4. Com efeito, tendo o paciente sido condenado a 6 anos e 8 meses de reclusão, sem recurso do Ministério Público, e considerando a sua idade na data do julgamento da apelação, constata-se que já decorreram mais de 6 anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, impondo-se, assim, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, a teor do disposto no art. 109, III, c/c os arts. 110, § 1º, e 115, todos do Código Penal.

5. *Habeas corpus* concedido para declarar extinta a punibilidade na ação penal de que aqui se cuida, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa” (STJ, HC 124.375/PR, rel. Min. Og Fernandes, j. 23-6-2009)**[950]**.

Deve-se lembrar, nessa discussão, que não raramente o processo penal se desenvolve de forma morosa, significando, em si, um ônus muito grande ao réu, podendo ocorrer, por exemplo, uma situação em que o crime seja praticado em uma data, quando o agente tinha 55 anos, e a sentença, aqui compreendida na amplitude dada pelo STJ no julgado acima, ocorra em momento que o autor tenha mais de 70 anos. Há de se questionar, nesse caso, se haverá utilidade no encarceramento do condenado e se o desenvolver do processo, por si só, não importou em uma consequência que levou à emenda do criminoso. Nesses termos, e aqui apenas se lança a ideia para discussão, há a possibilidade de entender que a regra do art. 129 do CPM, *in fine*, não foi recepcionada à luz do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana e, em consequência, aplicar, por analogia, em benefício do acusado, o marco definido pelo art. 115 do CP (data da sentença, e não momento do crime).

Cumpre colocar em relevo no estudo do art. 129 do CPM que a alteração trazida pelo art. 5º da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), em nada afetou o dispositivo em estudo, visto que não há relação entre as idades mencionadas pelo dispositivo "e a plena capacidade para a prática de atos jurídicos. Independentemente de o agente ser relativa ou plenamente capaz, de ter ou não representante legal, o legislador pretendeu conceder-lhe um benefício, devido à sua pouca idade"**[951]**.

Como se verificou, no Código Penal Militar, no que concerne à prescrição da pretensão punitiva, todos os crimes são prescritíveis, mesmo aqueles apenados, em tempo de guerra, com a morte.

Tal realidade, absurdamente, não se verifica em se tratando de crime comum, já que a Constituição Federal, nos incisos XLII e XLIV do art. 5º, dá a condição de imprescritíveis aos crimes de racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. A insensatez da previsão constitucional é evidente se houver a avaliação do seguinte exemplo: se uma pessoa, por motivo racial, negar-se a servir a outra em um estabelecimento comercial, configurando o delito previsto no art. 5º da Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, terá praticado um fato imprescritível; por outro bordo, se, pelo mesmo motivo, matar outra pessoa, estará em prática de

homicídio, que, mesmo sendo qualificado por motivo fútil, será alcançado pela prescrição.

Pois bem; conhecida a pena que se tomará por base para a definição do prazo prescricional e conhecida a forma de equivalência do art. 125 do Código Penal Castrense, chegar-se-á ao prazo prescricional da pretensão punitiva.

É preciso ter em mente que o intérprete não está livre para escolher a pena em abstrato ou em concreto, conforme sua conveniência. Em verdade, enquanto não houver uma pena fixada, trabalhar-se-á com uma pena em abstrato para o crime. Após a fixação da pena, com trânsito em julgado pelo menos para a acusação, o intérprete estará obrigado a tomar por base a pena em concreto, fixada na condenação.

É o que se extrai da previsão contida no § 1º do art. 125 do CPM, *in verbis*:

"Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente".

Por fim, deve-se lembrar que para o cálculo dessa prescrição não basta conhecer a pena definida e a equivalência dos prazos prescricionais, mas também é necessário saber qual o momento do início da contagem do prazo, conhecido como *termo inicial da prescrição*.

11.2.2. Termo inicial da prescrição da pretensão punitiva

Relembre-se, em primeiro plano, qual o momento do crime (tempo do crime). Como já mencionamos, o Código Penal Militar adota a teoria da atividade para definir o tempo do crime, conforme se verifica em seu art. 5º: "Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o do resultado".

Assim, o crime é praticado no momento da ação ou da omissão, ainda

que outro seja o momento da consumação, da produção do resultado exigido para que se tenha o crime por consumado, obviamente, nos crimes materiais. Essa concepção é importante, por exemplo, para verificar se o autor, no momento do crime, era menor de 21 anos, com o escopo de que a prescrição tenha seu prazo reduzido à metade.

Mas, em outro sentido, a lei penal militar não consagra, como regra, o momento do crime como marco inicial da prescrição, e sim a consumação.

O § 2º do art. 125 do CPM dispõe que a prescrição da ação penal começará a correr:

1) do dia em que o crime se consumou;

2) no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

3) nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

4) nos crimes de falsidade, da data em que o fato se tornou conhecido.

Exemplificativamente, se um militar de 20 anos, com *animus necandi*, dispara sua arma contra outro militar da ativa, vindo o sujeito passivo a falecer somente uma semana depois, o crime estará consumado no dia da constatação da morte da vítima, sendo este o marco inicial da prescrição da pretensão punitiva. Por outro lado, imaginando que no intervalo de sete dias, entre o disparo e a efetiva morte da vítima, o sujeito ativo alcance a idade de 21 anos, ainda assim a prescrição terá seu prazo reduzido à metade, já que para a aferição dessa possibilidade deve, nos termos do art. 129 do CPM, ser levada em conta a idade do agente no tempo do crime, que, por sua vez, é definido no art. 5º do mesmo Código como o instante em que a ação ou omissão se verifica, ainda que outro seja o momento do resultado.

No crime tentado, por óbvio, o marco inicial da prescrição coincidirá com o momento do crime, uma vez que o resultado não se produzirá.

Atente-se, ademais, para o marco inicial dos crimes permanentes, a exemplo do crime de extorsão mediante sequestro (art. 244 do CPM), nos quais o momento em que cessa a permanência importará no início da contagem da

prescrição da pretensão punitiva. Especialmente no caso do crime de estelionato envolvendo benefícios previdenciários, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o termo inicial do prazo prescricional coincide com a data da cessação do pagamento do benefício, esclarecendo-se que parece adequado o entendimento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no sentido de que com "a suspensão do pagamento do benefício indevido, a Autarquia Previdenciária deixou de ser mantida em erro, cessando, com isso, a circunstância de permanência do delito, sendo este, portanto, o termo inicial do prazo prescricional" (TRF 2ª Região, AP 2004.51.01.514331-7, rel. Des. federal Liliane Roriz, j. 7-7-2009).

Para os crimes de falsidade, a exemplo do crime de falsidade ideológica (art. 312 do CPM), atente-se que o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva se dará na da data em que o fato se tornou conhecido.

No caso do crime de insubmissão, nos termos do art. 131 do CPM, começa a correr a prescrição no dia em que o insubmisso atinge a idade de 30 anos. Essa previsão não se trata de mera coincidência, mas sim de uma lógica concatenação com a prestação do serviço militar obrigatório pelo convocado. O crime de insubmissão está atrelado à não prestação do serviço militar obrigatório, já que comete tal delito aquele que, convocado, deixa de se apresentar à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausenta-se antes do ato oficial de incorporação (art. 183 do CPM). O Regulamento da Lei n. 4.375, de 17 de agosto de 1964, que trata do Serviço Militar, denominado "Regulamento da Lei do Serviço Militar" (Dec. n. 57.564, de 20-1-1966), dispõe em seu art. 84 que a "incorporação, em qualquer dos casos enumerados nos arts. 82 e 83 deste Regulamento, fica condicionada a que o convocado tenha menos de 30 (trinta) anos de idade e sido julgado apto em inspeção de saúde". Dessarte, a prescrição para o insubmisso somente passa a correr a partir da não possibilidade de incorporação do convocado.

É preciso, todavia, interpretar melhor essa regra. Ela não impõe que a prescrição da pretensão punitiva para todo insubmisso se inicie quando este completar 30 anos, mas somente para aquele que não cessou a permanência do crime, ou seja, cometeu o delito e está foragido. Caso o autor de insubmissão, crime permanente, se apresente ou seja capturado, o dia da apresentação ou da

captura marcará a cessação da permanência delitiva, sendo, portanto, o termo inicial da prescrição, na dicção da letra *c* do § 2º do art. 125 do CPM.

Assim, com pena cominada de impedimento de três meses a um ano, considerada pena privativa de liberdade – já que não mencionada no art. 127 do CPM, que trata de penas não privativas de liberdade –, a prescrição da pretensão punitiva para o crime de insubmissão será alcançada em quatro anos, a contar do dia em que o autor complete 30 anos, se foragido. Capturado ou se houver sua apresentação, o marco inicial será a data de apresentação ou de captura.

Essa é a interpretação que se extrai dos julgados do Superior Tribunal Militar, como no seguinte exemplo:

"*HABEAS CORPUS* – CRIME DE INSUBMISSÃO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – REGRA ESPECIAL DO ARTIGO 131 C/C O ARTIGO 125, VI, DO CPM.

Sendo a insubmissão crime de natureza permanente, a prescrição, em relação a ele, começa a correr na data em que cessa a permanência, ou seja, quando o insubmisso que se furtou à incorporação no devido tempo comparece voluntariamente à unidade militar ou é capturado (Regra geral do artigo 125, § 2º, letra 'c', do CPM).

No entanto, a partir do momento em que o insubmisso completa 30 anos, a prescrição tem início mesmo durante a consumação do referido crime (Regra especial do artigo 131 do CPM).

Nesta situação o prazo prescricional só se configura com o advento da idade.

Se a partir deste momento o prazo da prescrição se concretiza, a punibilidade estará extinta.

Decisão unânime" (STM, HC 2003.01.033868-3/RS, rel. Min. Olympio Pereira da Silva Junior, j. 19-2-2004).

Conhecidos o prazo prescricional e o marco inicial de sua contagem, vale a pena trazer um exemplo. Em um crime militar de furto (art. 240 do CPM),

cuja pena cominada em abstrato é de reclusão de um a seis anos (pena mínima fixada de acordo com o art. 58 do CPM, já que o preceito secundário do art. 240 não menciona a pena mínima), ocorrido em 13 de setembro de 2000, em 12 de setembro de 2012, ou seja, doze anos depois, estará prescrito.

No entanto, a contagem acima exemplificada não considerou as possibilidades de suspensão ou de interrupção do prazo prescricional, que naturalmente podem influenciar na fruição do prazo prescricional. Diferenciando os dois institutos, pode-se dizer que com a ocorrência de uma causa interruptiva, o prazo prescricional retorna a zero, ou seja, voltar-se-ia a contagem ao seu início. Por outro lado, as causas de suspensão da prescrição não importam no reinício da contagem, mas apenas obstam, por um período, que ela prossiga, e, finda a causa suspensiva, a contagem prossegue do exato momento em que parou.

11.2.3. Suspensão do prazo da prescrição da pretensão punitiva

As causas suspensivas da prescrição, no Direito Penal comum, encontram previsão não só no Código Penal, mas também em outras leis e até na Constituição da República. No Direito Penal Militar, há normas expressas no CPM que suspendem a prescrição da pretensão punitiva. Resta saber se as causas previstas em normas diversas do CPM podem, também, suspender a prescrição punitiva do crime militar.

11.2.3.1. Causas suspensivas previstas no Código Penal Militar

A prescrição, pelo Código Penal Militar, não correrá, ou seja, estará suspensa, "enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime" ou "enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro" (incisos I e II do § 4º do art. 125).

Dessa forma, expressamente no Código Penal Militar, a prescrição da pretensão punitiva estará suspensa diante de uma *questão prejudicial heterogênea devolutiva, absoluta ou relativa,* e diante do *cumprimento de pena do acusado no estrangeiro*.

11.2.3.1.1. *Questões prejudiciais heterogêneas*

Não se deve confundir questão prejudicial com questão preliminar, já que, "enquanto a primeira constitui matéria intimamente ligada ao mérito da causa, necessitando ser julgada antes, a segunda diz respeito ao próprio processo e seu desenvolvimento. Exemplos das preliminares: decisão acerca de uma alegação de cerceamento de defesa, formulada pelo réu, ou mesmo a alegação de suspeição do magistrado. Embora as preliminares necessitem ser conhecidas antes do mérito, elas não possuem valor próprio"**[952]**.

Inicialmente, firme-se que há idêntica previsão dos incisos I e II do § 4º do art. 125 do CPM nos incisos I e II do art. 116 do Código Penal comum e, por essa razão, conveniente trazer à baila precisa argumentação de César Dario Mariano acerca da suspensão da prescrição punitiva do crime comum.

Para esse autor, os incisos I e II do art. 116 do CP referem-se à prescrição da pretensão punitiva, e não à prescrição da pretensão executória da pena, e, acerca do inciso I, o ilustre professor de Direito Penal da Academia de Polícia Militar do Barro Branco entende que:

"Enquanto não resolvida em outro processo questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime, a prescrição da pretensão punitiva ficará suspensa. Trata-se de questão prejudicial elencada nos arts. 92 a 94 do Código de Processo Penal. Terá como termo inicial a data da publicação da decisão judicial determinando o sobrestamento da ação. A data final será a do trânsito em julgado da decisão sobre a matéria (art. 92 do CPP), ou a que ordenar o andamento do processo (art. 93 do CPP). Exemplos:

A) Uma pessoa é acusada de bigamia. Porém, pende processo civil acerca da nulidade do primeiro casamento. Como se discute a existência do primeiro casamento, que é essencial para a caracterização do delito, o curso da ação penal e a prescrição ficarão suspensos até o trânsito em julgado da decisão da causa cível (art. 92 do CPP).

B) Uma pessoa é processada por esbulho possessório. Porém, tramita no cível uma ação de reintegração de posse em que se discute o assunto. Nesse caso, se o juiz criminal suspender a ação penal enquanto se discute a ação

possessória no cível, a prescrição ficará suspensa (art. 93 do CPP)”**[953]**.

Para tornar mais claro o assunto, transcreve-se parte dos arts. 92 a 94 do CPP:

“Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute *séria e fundada*, sobre o *estado civil das pessoas*, o curso da ação penal *ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado*, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

(...)

Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre *questão diversa da prevista no artigo anterior*, da competência do *juízo cível*, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal *poderá*, desde que essa questão seja de *difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite*, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

§ 1o O juiz marcará o *prazo da suspensão*, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. *Expirado o prazo*, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal *fará prosseguir o processo*, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

(...)

Art. 94. A suspensão do curso da ação penal, nos casos dos artigos anteriores, será decretada pelo juiz, *de ofício ou a requerimento das partes*”.

O primeiro exemplo de César Dario Mariano diz respeito a questão sobre o estado civil de uma pessoa, ou seja, verificar, no exemplo citado, se a pessoa é ou não casada para que se defina a existência do crime de bigamia, atrelando-se ao art. 92 do CPP. Observe-se que quando a lei menciona *estado civil de pessoa*, essa expressão deve ser compreendida em sentido amplo, ou seja, deve relacionar-se não apenas à discussão de a pessoa ser casada, solteira,

viúva etc., mas a qualquer discussão acerca de sua situação como pessoa, a exemplo de seu estado político, familiar, civil, individual etc.**[954]**.

Já no segundo exemplo, discute-se a propriedade com o fito de ensejar ou não o crime de esbulho possessório, portanto, questão diversa da discussão do estado civil da pessoa, adaptando-se, dessa forma, ao art. 93 do CPP.

Em ambos os casos, estar-se-á diante de *questões prejudiciais heterogêneas*. Nos dizeres de Mougenot:

"*Quanto à matéria acerca da qual versam, as questões prejudiciais podem ser classificadas em homogêneas (comuns, imperfeitas) ou heterogêneas (perfeitas, jurisdicionais)*.

São homogêneas as questões prejudiciais que versam sobre matérias do mesmo ramo de direito da questão principal, motivo pelo qual poderão ser solucionadas pelo juiz da causa principal. Exemplo: a exceção da verdade no crime de calúnia, ou controvérsia acerca da existência de crime patrimonial anterior ao crime de receptação. *São heterogêneas, por sua vez, quando tiverem por conteúdo matéria de outro ramo do direito, podendo, por isso, ser julgadas por juízo que não seja criminal*. Exemplo: questão relativa à nulidade de casamento em relação ao crime de bigamia"**[955]**.

Como bem se percebe, os exemplos anteriores, de César Dario, versam sobre questões não afetas ao Direito Penal, portanto, como dito, trata-se de exemplos de *questões prejudiciais heterogêneas*.

Ainda prosseguindo na classificação das questões prejudiciais, deve-se separá-las em *devolutivas* e *não devolutivas*. Tomem-se, mais uma vez, os preciosos ensinamentos de Mougenot:

"Alguns sistemas processuais e doutrinadores ainda na atualidade defendem o *histórico modelo francês* de que o juiz que conhece a ação deve ser o mesmo magistrado a julgar a exceção – *le juge de l'action est juge de l'exception* –, compreendendo-se, assim, que os órgãos jurisdicionais teriam o direito e o dever de apreciar todas as circunstâncias constitutivas do fato submetido ao seu conhecimento. Dessa forma, resolveriam cada uma das

questões que se refiram ao tema da lide, derrogando as regras gerais de competência na medida em que o órgão jurisdicional penal conheceria de questões em geral não entregues a sua competência. *O Brasil não adotou tal sistema, mas sim um sistema misto de competência* (...), pelo que podemos classificar *as questões prejudiciais, quanto ao juízo a quem cabe resolvê-las, em devolutivas ou não devolutivas.*

As questões devolutivas são aquelas que devem, em regra, ser apreciadas no juízo não penal. As *questões prejudiciais não devolutivas*, aquelas que, embora se afigurem como prejudiciais ao mérito da causa penal, não preenchem os requisitos estatuídos nos arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal. Essas serão necessariamente decididas pelo juiz do processo penal.

A s *questões devolutivas*, por sua vez, serão *absolutas* (também referidas na doutrina como 'questões prejudiciais obrigatórias'), quando sujeitas obri-gatoriamente ao juízo extrapenal, ou *relativas*, caso em que caberá ao juiz criminal decidir sobre a conveniência de remetê-las ao juízo cível (motivo pelo qual são chamadas de 'questões prejudiciais facultativas')"**[956]**.

Voltando mais uma vez aos casos susocitados exemplificativamente por César Dario Mariano, as questões indicadas podem ser classificadas, como já visto, como *heterogêneas*, e agora deve ser completado, também são *devolutivas*. O exemplo *A* trata-se de uma *questão prejudicial heterogênea devolutiva absoluta*, já que concernente ao estado civil de pessoa. O exemplo *B*, por sua vez, refere-se a uma *questão prejudicial heterogênea devolutiva relativa*, visto não tratar do estado civil de pessoa, e sim da posse, podendo ainda discutir-se nessa espécie a propriedade, as relações contratuais ou empregatícias, entre outros assuntos**[957]**.

Feita a breve explanação do Processo Penal Comum, resta verificar se há similitude no Código de Processo Penal Militar. Neste diploma, disciplinam o assunto os arts. 122 a 127:

"Art 122. Sempre que o julgamento da questão de mérito depender de decisão anterior de questão de *direito material*, a segunda será prejudicial da primeira.

Art. 123. Se a questão prejudicial versar sobre *estado civil de pessoa* envolvida no processo, o juiz:

a) decidirá se a arguição é séria e se está fundada em lei;

b) se entender que a alegação é irrelevante ou que não tem fundamento legal, prosseguirá no feito;

c) se reputar a alegação *séria e fundada*, colherá as provas inadiáveis e, em seguida, *suspenderá o processo*, até que, no juízo cível, seja a questão prejudicial dirimida por *sentença transitada em julgado*, sem prejuízo, entretanto, da inquirição de testemunhas e de outras provas que independam da solução no outro juízo.

Art. 124. O juiz *poderá suspender* o processo e aguardar a solução, pelo juízo cível, de questão prejudicial que se *não relacione com o estado civil das pessoas*, desde que:

a) tenha sido proposta ação civil para dirimi-la;

b) seja ela de difícil solução;

c) não envolva direito ou fato cuja prova a lei civil limite.

Parágrafo único. O juiz *marcará o prazo da suspensão*, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. *Expirado o prazo* sem que o juiz do cível tenha proferido decisão, o *juiz criminal fará prosseguir o processo*, retomando sua competência para resolver de fato e de direito toda a matéria da acusação ou da defesa.

(...)

Art. 127. *Ainda que sem arguição de qualquer das partes, o julgador poderá, de ofício, tomar as providências referidas nos artigos anteriores*".

Fácil perceber que a lógica aplicada pelo CPP alinha-se à adotada pelo CPPM no que concerne às questões prejudiciais.

Dessa forma, também podem existir *questões prejudiciais*

homogêneas, compreendidas como aquelas que versam sobre matérias do mesmo ramo de Direito da questão principal. Nesse caso, o próprio juiz da causa pode solucioná-las. Exemplo: a constatação da exceção da verdade em um processo-crime pelo delito de calúnia (art. 214 do CPM).

Igualmente existirão casos em que ocorrerão *questões prejudiciais heterogêneas*, entendidas como aquelas que se referem a matéria de outro ramo do Direito, caso em que podem ser julgadas por juízo que não seja criminal. Podem essas questões, ademais, comportar a classificação de *não devolutivas* ou *devolutivas*. As primeiras são compreendidas como aquelas que, embora se afigurem como prejudiciais ao mérito da causa penal, não preenchem os requisitos estatuídos nos arts. 123 e 124 do Código de Processo Penal Militar, devendo ser, necessariamente, decididas pelo juiz do processo penal (ex.: avaliação do furto para o delito de receptação). As segundas são aquelas que se afiguram como prejudiciais ao mérito da causa penal, preenchendo os requisitos estatuídos nos arts. 123 e 124 do Código de Processo Penal Militar, e serão, em regra, apreciadas em juízo não penal.

As *questões heterogêneas devolutivas*, por fim, podem ser classificadas como *absolutas* ou *relativas*.

As *absolutas* (art. 123 do CPPM) são as obrigatoriamente sujeitas ao juízo extrapenal. Exemplo: um militar é processado por estupro com presunção de violência pelo fato de a vítima ter menos de 14 anos (art. 232 c/c o art. 236, I, do CPM). Porém, tramita no cível medida judicial que visa à retificação do registro civil, por erro que poderá importar na conclusão de que a vítima não era menor de 14 anos de idade.

As *relativas* (art. 124 do CPPM), finalmente, são aquelas em que caberá ao juiz criminal decidir sobre a conveniência de remetê-las ao juízo cível. Exemplo: um militar é acusado da prática do previsto no art. 310 do CPM ("participação ilícita"), havendo necessidade de se discutir, antes do julgamento do crime, a regularidade do contrato celebrado com a Administração Militar.

Em arremate, entende-se que somente no caso das *questões prejudiciais heterogêneas* é que ocorrerá a suspensão do curso prescricional. O

marco suspensivo inicial será a data da publicação da decisão judicial determinando o sobrestamento da ação em ambos os casos. A data final da suspensão será a do trânsito em julgado da decisão sobre a matéria no juízo civil (art. 123 do CPPM), ou a que ordenar o andamento, a retomada do processo em face do vencimento do prazo estipulado para a suspensão (art. 124 do CPPM).

Necessário expor, embora contrária à visão até aqui consignada, mas com o fito de permitir o raciocínio do estudioso do Direito Penal Militar por todos os ângulos, que setor doutrinário defende a possibilidade de suspensão do curso prescricional também em questões prejudiciais não classificadas no CPPM e no CPP sob esse título. Por todos, *vide* o que expõe o Eminente Ministro Carlos Alberto Marques Soares ao comentar a reiteração de deserção pelo mesmo militar como causa suspensiva do curso prescricional.

Para o dileto jurista, um militar que cometa a deserção, capturado e processado pelo delito, se durante o primeiro processo cometer nova deserção, enquanto não for capturado ou não se apresentar, ou seja, enquanto for trânsfuga, não poderá ter os processos da primeira deserção e da segunda, respectivamente, continuado e iniciado, por falta de condição de prosseguibilidade e de procedibilidade, constituindo na visão do autor causa prejudicial nos termos do art. 125, § 4º, I, do CPM, sendo necessária a suspensão da prescrição.

Pede-se vênia para transcrever importante trecho que resume o raciocínio indicado:

"Desse modo, a suspensão do prazo prescricional é imposição legal, tendo em vista a inequívoca condição que interfere na existência do crime de deserção, inclusive no delito anterior, posto que somente depois de submetido à inspeção de saúde e julgado 'apto' e reincluído, é que o último processo e o primeiro poderão prosseguir.

Tal exegese impõe a conclusão lógica de que o caso da reiteração delitiva nos crimes de deserção, enquanto não decidida a aptidão física e a reinclusão do ex-militar no último processo, constitui-se questão prejudicial que suspende os prazos prescricionais que porventura estejam decorrendo em outros processos, eis que não há julgamento à revelia do acusado em processos dessa natureza.

O juiz do processo de deserção em que o acusado venha a se ausentar novamente de sua Unidade, incidindo no cometimento de nova deserção, despacha determinando o sobrestamento do processo até a apresentação ou captura do ex-militar ficando suspenso o prazo prescricional, aguardando-se reinclusão do desertor"**[958]**.

Não concordamos, com o devido respeito, com essa visão. Em primeiro plano, entendemos que o inciso I do § 4º do art. 125 do CPM assim como o inciso I do art. 116 do CP não lançam a definição de questão prejudicial para o processo penal (comum ou militar, conforme o caso), devendo as questões prejudiciais ser aquelas enumeradas, sob esse título, nos Códigos de Processo Penal Comum e Militar, os quais, por sua vez, como demonstrado, apenas enumeram *questões prejudiciais heterogêneas*, ou seja, as dirimidas por outro juízo que não o juízo penal.

No entanto, ainda que se admita que causas prejudiciais homogêneas possam levar à suspensão da prescrição, uma vez que os dispositivos dos Códigos Penais Comum e Militar não são específicos, apenas mencionando "questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime", sem mencionar se homogênea ou heterogênea, o exemplo da segunda deserção esbarra em outro problema, qual seja, a condição de procedibilidade (ou prosseguibilidade) do processo não é questão afeta ao reconhecimento da existência do crime, como exige expressamente os arts. 116, I, do CP e 125, § 4º, I, do CPM, mas apenas uma condição de início ou prosseguimento no processo penal. Nesses casos, note-se, o crime ocorreu, somente não pode ser processado.

Assim, ressalte-se, entende-se que apenas no caso das *questões prejudiciais heterogêneas* é que ocorrerá a suspensão do curso prescricional, como acima já consignado.

Vejamos um quadro resumido para melhor fixação das questões prejudiciais no processo penal militar:

processo pen
do furto para
receptação.

Heterogêneas: quando se referirem a matéria de outro ramo do Direito, caso em que podem ser julgadas por juízo que não seja criminal.	**Devolutivas**: aquelas que se afiguram como prejudiciais ao mérito da causa penal, preenchendo os requisitos estatuídos nos arts. 123 e 124 do

		CPPM. Serão, em regra, apreciadas em juízo não penal.

11.2.3.2. Cumprimento de pena no estrangeiro

Como já visto, nos termos do inciso II do art. 116 do CP e do inciso II do § 4º do art. 125 do CPM, o cumprimento de pena no estrangeiro também se configura em causa que expressamente suspende o curso da prescrição da pretensão punitiva.

Sobre o assunto, César Dario Mariano ensina:

"Se o agente estiver cumprindo pena no estrangeiro, não correrá a prescrição da pretensão punitiva de delito cometido no Brasil. Isso porque, via de regra, não é possível a extradição nesses casos e o acusado não poderá estar à disposição da Justiça brasileira para o normal andamento do processo.

Todavia, se a pena estiver sendo cumprida no Brasil, a prescrição da pretensão punitiva de delito apurado em outro processo fluirá normalmente"**[959]**.

Como há perfeita similitude entre a norma penal comum (inciso II do art. 116 do CP) e a lei penal militar (inciso II do § 4º do art. 125 do CPM), as lições do autor são aplicadas adequadamente na suspensão do curso prescricional do crime militar. Deve-se apenas sedimentar que o marco inicial da suspensão é o ingresso do autor do fato no cárcere estrangeiro, durando até o momento da concessão de liberdade.

11.2.3.3. Causas suspensivas extravagantes ao Código Penal Militar

O curso prescricional da pretensão punitiva, além das causas expressas no CPM, pode ser suspenso por causas outras, extravagantes, previstas em outros diplomas legais, em especial na própria Constituição Federal, o que será abordado a partir de agora.

11.2.3.3.1. *Sustação da ação penal contra parlamentar federal e estadual*

Os parlamentares federais, como se sabe, possuem imunidades material e formal, as quais também devem ser observadas no Direito Penal Militar. Alerte-se que, se o foco de análise for o Direito Penal Militar no âmbito estadual, por óbvio o parlamentar, para a prática de crime militar, deverá ser um militar reformado ou da reserva remunerada, restrição que não se conhece no âmbito da Justiça Militar da União.

A *imunidade formal ou processual* é aquela referente à prisão e ao processo desencadeado pela prática do fato, valendo dizer que o delito foi perpetrado, contudo a restrição de liberdade e o desencadeamento do processo dependerão de algumas circunstâncias previstas expressamente na Lei Maior.

Neste ponto, interessa discutir parte da imunidade formal, atinente ao processo. O processo penal contra Senador ou Deputado Federal pode instalar-se sem carecer mais de controle prévio da respectiva Casa Legislativa, o que somente passou a viger com o advento da Emenda Constitucional n. 35/2001, e toma corpo no Supremo Tribunal Federal, diante da prerrogativa de foro prevista no art. 53, § 1º, da CF, reconhecida desde a expedição do diploma. Recebida a denúncia por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa Legislativa respectiva, que, por iniciativa de partido político

nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação (art. 53, § 3º, da CF). Após o recebimento, pela Mesa Diretora da respectiva Casa, do pedido de sustação do processo formulado por partido político com representação, deverá haver deliberação em quarenta e cinco dias (art. 53, § 3º, da CF).

Frise-se que a sustação do processo somente poderá ocorrer nos casos em que o delito seja praticado após a diplomação. Nos demais, permanecerá a prerrogativa de foro, porém não haverá a possibilidade de a Casa respectiva sustar o andamento da ação.

Exatamente, pois, no caso de sustação do processo, nos termos acima expressos, é que haverá também a suspensão da prescrição, enquanto durar o mandato (art. 53, § 5º, da CF).

Note-se que os dispositivos constitucionais não se limitam ao crime comum, de sorte que se pode afirmar que também nos crimes militares, a sustação de processo de parlamentar por delito praticado após a diplomação configura-se em mais uma causa suspensiva da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva, além das previstas no § 4º do art. 125 do CPM.

A mesma possibilidade existe para os Deputados Estaduais e Distritais, já que, em visão hodierna aplicam-se-lhas todas as imunidades conferidas aos parlamentares federais, nos termos do § 1º do art. 27 da CF, guardando-se, obviamente, certo paralelismo, ou seja, o parlamentar será processado perante o Tribunal de Justiça do Estado, podendo a Assembleia Legislativa decidir sobre a sustação do processo com a correspondente suspensão do prazo prescricional[960].

Já em relação aos vereadores, não há possibilidade de sustação de processo com consequente suspensão da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva, conclusão a que se chega da simples análise do inciso VIII do art. 29 da CF.

11.2.3.3.2. *Suspensão da prescrição em crime praticado pelo Presidente da República*

Outra questão tão interessante quanto polêmica diz respeito à prática de crime militar pelo Presidente da República.

Nos termos da Constituição Federal, nas infrações penais praticadas em ato estranho ao cargo, sejam elas perpetradas antes ou durante o mandato, o Presidente da República não sofrerá responsabilização penal de qualquer ordem, conforme disposto no § 4º do art. 86: "O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções".

Por essa razão, conclui Pedro Lenza que "as infrações penais praticadas antes do início do mandato ou durante sua vigência, porém, sem qualquer relação com a função presidencial (ou seja, não praticadas *in officio* ou *propter officium*), não poderão ser objeto da *persecutio criminis*, que ficará, provisoriamente, inibida, acarretando, logicamente, a suspensão do curso da prescrição"**[961]**. Nesse sentido também Alexandre de Moraes:

"Distribuído o inquérito ao ministro-relator e tratando-se de hipótese acima analisada será declarada a irresponsabilidade relativa temporária do Chefe do Estado, havendo a suspensão da prescrição, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, a partir do reconhecimento desta imunidade"**[962]**.

Ainda nessa linha, Uadi Lammêgo Bulos:

"Outro corolário decorrente do § 4º do art. 86 é a *suspensão da prescrição*.

Distribuído o inquérito ao ministro-relator, será, em seguida, declarada a irresponsabilidade relativa temporária do Chefe do Executivo da União, ocorrendo a suspensão da prescrição a partir do reconhecimento desta imunidade"**[963]**.

Naturalmente, no conjunto dos crimes mencionados, podem estar os crimes militares, de modo que poder-se-ia alegar que a situação consignada também consiste em causa suspensiva da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva do crime militar, além das previstas no § 4º do art. 125 do CPM.

Deve-se verificar, todavia, que no caso dos parlamentares a suspensão da prescrição é expressa no texto constitucional, enquanto no caso do Presidente da República essa suspensão não encontra respaldo na literalidade da Lei Maior. Malgrado isso, a aceitação da suspensão da prescrição é lugar comum não só na doutrina, como acima exposto, mas também no entendimento do Supremo Tribunal Federal. No Inquérito n. 567 QO/DF (j. 20-8-1992), o STF, sob relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu pela suspensão da prescrição, sem que ainda houvesse norma constitucional expressa. Veja-se a ementa:

"Presidente da República: responsabilidade penal por crimes comuns estranhos ao exercício de suas funções: histórico da questão no constitucionalismo republicano; solução vigente: imunidade processual temporária (CF/88, art. 86, parágrafo 4º), incomunicável ao coautor: consequente incompetência do STF para a ação penal eventualmente proposta, após extinto o mandato, por fato anterior à investidura nele do ex-Presidente da República; problema da prescrição.

1. O que o art. 86, parágrafo 4º, confere ao Presidente da República não é imunidade penal, mas imunidade temporária à persecução penal: nele não se prescreve que o Presidente é irresponsável por crimes não funcionais praticados no curso do mandato, mas apenas que, por tais crimes, não poderá ser respon-sabilizado, enquanto não cesse a investidura na presidência.

2. Da impossibilidade, segundo o art. 86, parágrafo 4º, de que, enquanto dure o mandato, tenha curso ou se instaure processo penal contra o Presidente da República por crimes não funcionais, decorre que, se o fato é anterior a sua investidura – e, portanto, não incide a Súm. 394 –, o Supremo Tribunal não será originariamente competente para a ação penal que, depois de extinto o mandato, se venha eventualmente a propor contra o ex-Presidente.

3. A imunidade temporária à persecução penal contra o Presidente da República, nos termos do art. 86, parágrafo 4º, da Constituição, não se comunica ao coautor do fato.

4. Na questão similar do impedimento temporário à persecução penal do congressista, quando não concedida a licença para o processo, o STF já

extraíra, antes que a Constituição o tornasse expresso, a suspensão do curso da prescrição, até a extinção do mandato parlamentar: deixa-se, no entanto, de dar força de decisão à aplicabilidade, no caso, da mesma solução, à falta de competência do tribunal para, neste momento, decidir a respeito".

Observe-se em relação ao julgado supracitado, já lavrado há muito tempo, ressalte-se, que a Súmula 394 do STF, que tratava da *perpetuatio jurisdictionis*, citada no item 2 da decisão, foi cancelada. Também se deve notar que, ao contrário do que consigna o item 4 do julgado, não há mais necessidade de licença do Congresso para que congressista seja processado perante o Supremo, o que significava uma espécie de controle prévio da Casa Legislativa. Após a Emenda Constitucional n. 35/2001, a Casa Legislativa, como visto acima, pode sustar o processo contra o parlamentar, suspendendo-se, por previsão expressa da Constituição Federal, a prescrição.

Embora não constante da ementa transcrita, analisando o inteiro teor da decisão verifica-se claramente a opção do Supremo Tribunal Federal no sentido da suspensão da prescrição no seguinte trecho:

"Por seu turno, não obstante o silêncio da norma constitucional expressa no artigo 86, § 4º, no que tange à prescrição, impõe-se, por analogia, a regra de suspensão prevista para os deputados e senadores, não sendo demais lembrar que ela é fruto de criação da jurisprudência dessa excelsa Corte, depois encam-pada pelo Constituinte de 1988.

E, quanto ao Presidente da República, o termo inicial da suspensão da prescrição é o dia da posse, coincidente ao dia do início do exercício do cargo, se o fato delituoso ocorreu antes da posse, ou o dia em que o fato se verificou, durante o mandato, mas estranho às funções presidenciais. E o termo final é o dia em que o mandato cessar".

Com a devida vênia, não se pode concordar com a construção do Pretório Excelso.

Como já ressaltado, o instituto da prescrição constitui em direito subjetivo do autor do fato, o que eleva as previsões legais sobre sua concepção a normas de Direito Penal material, e não meramente formal. Nesse sentido,

havendo a ausência de previsão legal aplicável ao Direito Penal material, qualquer construção que preencha essa lacuna será considerada uma forma de integração por analogia, somente admissível para benefíciar o acusado (*analogia in bonam partem*). Ora, se o próprio STF reconheceu a ausência expressa da regra da suspensão da prescrição nos casos de crimes praticados pelo Presidente da República não relacionados com o mandato, aplicar ao caso a regra dos parlamentares é inequivocamente uma manobra vedada, por tratar-se de *analogia in malam partem*.

Conclui-se, então, que não configura causa de suspensão do curso da prescrição da pretensão punitiva a cláusula de irresponsabilidade penal relativa ao Presidente da República.

De toda sorte, parece caminhar a doutrina e a jurisprudência, sem senso crítico, no sentido do julgado supracitado, de 1992, que merece ser revisitado pela Corte Maior do País.

No que se refere aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, deve-se assentar que não há para eles previsão de uma cláusula de irresponsabilidade relativa, ou seja, são eles passíveis de responsabilização por todas as infrações penais que praticarem, tenham ou não ligação com o exercício do cargo.

Dessa forma, pode-se dizer que as restrições afetas aos Governadores dizem respeito apenas à admissibilidade da acusação e à prerrogativa de foro, havendo a cisão entre crimes comuns e de responsabilidade, sem possibilidade de suspensão da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva.

Finalmente, no que concerne aos prefeitos, em resumo, pode-se afirmar que a inexistência de uma cláusula de irresponsabilidade também importa na não possibilidade de suspensão da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva.

11.2.3.3.3. *Suspensão condicional do processo nos termos da Lei n. 9.099/95 (sursis processual)*

Como bem se sabe, a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispôs

sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. No plano penal, além de trazer ao universo jurídico o procedimento sumaríssimo (sumariíssimo, segundo exata publicação da lei), definiu os crimes de menor potencial ofensivo, assim considerados aqueles cuja *pena máxima* cominada não ultrapasse a dois anos.

A suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva nessa Lei ocorre em face da suspensão condicional do processo, conforme dispõe o § 6º do art. 89, não sendo aplicada somente aos crimes de menor potencial ofensivo, mas a todos os crimes cuja *pena mínima* cominada for igual ou inferior a um ano. Nesses casos, ainda que a *pena máxima* seja superior a dois anos, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. Essa é a estrita redação do *caput* do art. 89 da Lei.

O § 6º, por seu turno, consigna que a prescrição da pretensão punitiva não correrá durante o prazo de suspensão do processo.

Note-se que para alguns a Lei em comento trouxe duas novas modalidades de crimes: os crimes de menor potencial ofensivo e os crimes de médio potencial ofensivo.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes aduz:

“Em termos processuais, a situação brasileira hoje é a seguinte: (a) as infrações de menor potencial ofensivo (todas as contravenções e os delitos cuja pena máxima não excede de dois anos) são conhecidas e julgadas pelos Juizados Especiais Criminais, segundo os parâmetros da justiça consensuada (*plea bargaining*, transação penal etc.); (b) as infrações de médio potencial ofensivo (crimes cuja pena mínima não exceda a um ano) admitem a suspensão condicional do processo no seu limiar (suspende-se o processo e o acusado, querendo, entra imediatamente em regime de prova); (c) as outras infrações (crimes de maior gravidade, crimes hediondos etc.) seguem o tradicional processo (o devido processo penal clássico), hoje regido pelo (desatualizado) CPP (de 1941)”**[964]**.

Assim, por exemplo, a lesão corporal simples (art. 209 do CPM), para os que aceitam a aplicação, seria um crime militar de menor potencial ofensivo, pois sua pena máxima é de detenção até um ano, enquanto o crime de furto (art. 240 do CPM), cuja pena mínima, por aplicação do art. 58 do CPM, é de um ano e a pena máxima de seis anos, seria considerado um crime de médio potencial ofensivo.

Malgrado a previsão legal de suspensão da prescrição da pretensão punitiva, entende-se que a disposição do art. 90-A da Lei veda a sua aplicação no Direito Penal Militar, donde se conclui que, partindo-se dessa premissa, não há falar em suspensão do curso prescricional dos crimes militares por força do § 6º do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

11.2.3.3.4. *Suspensão da prescrição nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal comum*

Antes de ingressar na discussão do art. 366 do CPP, urge verificar se é possível a aplicação de institutos do Código de Processo Penal comum ao processo penal militar. A resposta é em sentido afirmativo, mas apenas quando houver lacuna ou omissão na lei processual penal militar. É o que se conclui da análise do art. 3º do CPPM, *in verbis*:

"Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:

a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;

b) pela jurisprudência;

c) pelos usos e costumes militares;

d) pelos princípios gerais de Direito;

e) pela analogia".

Fácil verificar que a alínea *a* acima, desde que não haja prejuízo à índole do processo penal militar lastreado em valores como hierarquia e disciplina, permite a aplicação da lei processual penal comum.

Para a constatação da omissão, no entanto, além da evidente leitura em que não se encontrará a norma reitora desejada, deve ser adicionada uma outra forma de omissão, qual seja, aquela em que se constata flagrantemente que a norma, apesar de expressa no CPPM, não foi recepcionada pela Constituição Federal. A norma existe no CPPM, mas por ser flagrantemente inconstitucional, não pode ser aplicada, importando, dessa forma, em um vácuo normativo, uma lacuna regulatória, uma omissão. Como exemplo, a letra *h* do art. 77 do CPPM prevê a possibilidade de enumeração na denúncia de até seis testemunhas, enquanto o § 2º do art. 417 do mesmo diploma permite que o acusado indique em sua defesa até três testemunhas, importando em lesão à paridade de armas, uma flagrante inconstitucionalidade em face da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF). Nesse caso, apesar de haver norma expressa sobre o assunto, natural que se considere omissão na disciplina do número de testemunhas de defesa, razão pela qual a regra deve ser afastada, aceitando-se número idêntico de testemunhas para a defesa e para a acusação.

Retomando o raciocínio inicial, é possível a aplicação de norma processual penal comum diante da omissão da lei processual penal militar, omissão essa constatada pela ausência de disciplina sobre a matéria ou pela existência de disciplina que se repute não recepcionada pela Constituição Federal.

Há um caso de omissão do CPPM cuja discussão está muito em voga na atualidade, qual seja, o caso de aplicação da norma processual penal comum aos crimes militares de competência do Juiz de Direito do Juízo Militar, nas Justiças Militares Estaduais, inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

O processo penal militar foi idealizado para o processamento do crime perante um Conselho de Justiça (especial ou permanente), em que o julgamento é levado a efeito por um órgão colegiado, havendo situações próprias para essa estrutura, a exemplo da sustentação oral da acusação e da defesa, na sessão de julgamento, nos termos do art. 433 do CPPM, que assim dispõe: "Terminada a leitura, o presidente do Conselho de Justiça dará a palavra, para sustentação das alegações escritas ou de outras alegações, em primeiro lugar ao procurador, em seguida ao assistente ou seu procurador, se houver, e, finalmente, ao defensor ou

defensores, pela ordem de autuação dos acusados que representam, salvo acordo manifestado entre eles".

Naturalmente, a sustentação oral das partes tem o escopo de, pela presença física do Representante do Ministério Público e do Advogado, fomentar um debate que busca convencer o colegiado acerca da inocência ou não do réu.

Todavia, com a edição da Emenda Constitucional supracitada, o art. 125 da CF, que disciplina as Justiças Militares Estaduais, foi alterado, dando origem a um novo órgão julgador em primeira instância: o Juiz de Direito do Juízo Militar.

Nesse julgamento monocrático, a sustentação oral e outros dispositivos do "processo ordinário" (melhor seria "procedimento ordinário"), perderam razão de existência, não havendo, após a edição da alteração constitucional, uma reforma do processo penal militar.

Em resumo, portanto, previu-se um julgamento monocrático na Constituição Federal, mas não foram elaboradas normas procedimentais correlatas a essa realidade, caracterizando-se, pois, uma omissão da lei processual penal militar.

Diante do exposto, discute-se a possibilidade de aplicação do procedimento comum (ordinário e sumário, afastando-se o sumaríssimo afeto à Lei n. 9.099/95) do Código de Processo Penal aos crimes militares cuja competência para processar e julgar seja do Juiz de Direito do Juízo Militar (monocrático), lembrando-se que a este órgão, além das ações judiciais contra atos disciplinares, que seguirão, em regra, normas do Código de Processo Civil, compete o julgamento dos crimes militares praticados contra civis, à exceção do crime doloso contra a vida, de competência do Tribunal do Júri.

A resposta é, também, em sentido afirmativo, ou seja, na omissão da lei processual penal militar para o procedimento do julgamento monocrático, naquilo que não contrariar a índole do processo penal castrense, deve-se buscar socorro no procedimento comum ordinário (quando, nos termos do inciso I do § 1º do art. 394 do CPP, tiver por objeto crime cuja *sanção máxima cominada for igual ou superior a quatro anos de pena privativa de liberdade*) ou sumário

(quando, nos termos do inciso II do § 1º do art. 394 do CPP, tiver por objeto crime cuja *sanção máxima cominada seja inferior a quatro anos de pena privativa de liberdade*) do Código de Processo Penal Militar.

Essa questão, ressalta-se, já alcançou o Pretório Excelso. O Jornal da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais (AMAJME) n. 77, referente aos meses de setembro e outubro de 2008, noticiou interessante caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo esse periódico, em 26 de agosto de 2008, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, a mais alta Corte do País, no *Habeas Corpus* n. 93076/RJ, decidiu que:

"A EC 45/2004, ao incluir o § 5º ao art. 125 da CF, atribuiu competência aos juízes singulares para o julgamento de crimes militares impróprios ('§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes'). Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu *habeas corpus* em que se sustentava a competência do Conselho Permanente de Justiça para processar policial militar pela suposta prática dos delitos de roubo e extorsão mediante sequestro (CPM, artigos 242, § 2º, II, e 244, § 1º, respectivamente), bem como se alegava o cerceamento à sua defesa ante a supressão da fase de alegações orais. Rejeitou-se o argumento de ofensa ao devido processo legal e salientou-se, ainda, que, na falta de normas procedimentais no Código de Processo Penal Militar, devem ser observadas as regras do Código de Processo Penal comum, nas quais não há previsão de alegações orais".

Eleita a premissa de possibilidade de aplicação de dispositivos do CPP no processo penal militar, resta avaliar se no caso específico do art. 366 do CPP, sua aplicação, com consequente suspensão do prazo prescricional, é cabível no processo penal militar.

O citado artigo, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996, dispõe que "se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o *curso do prazo*

prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312".

Pela previsão exposta, a contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva será interrompida com a suspensão do processo, devendo-se notar que o dispositivo não menciona o tempo possível de suspensão da prescrição, iniciando-se interessante discussão sobre o tema, havendo quatro posições: a) a suspensão da prescrição poderia dar-se por prazo indeterminado; b) a suspensão da prescrição poderia dar-se pelo prazo máximo de prescrição existente no Código Penal comum, ou seja, por vinte anos, nos termos do inciso I do art. 109 do CP; c) a suspensão da prescrição poderia dar-se pelo prazo máximo de prescrição existente no Direito brasileiro, ou seja, por trinta anos, coincidente com a prescrição para crimes apenados com a morte, nos termos do inciso I do art. 125 do CPM; d) a suspensão da prescrição poderia dar-se pelo prazo máximo de prescrição prevista para o crime em espécie, utilizando-se o art. 109 do CP.

Sobre o assunto, Guilherme Nucci expõe:

"Se seguirmos fielmente o estabelecido em lei (art. 366, CPP), não há um prazo limite para a suspensão da prescrição, de modo que se poderia considerar o processo paralisado, indefinidamente, até que fosse o réu encontrado. Entretanto, assim fazendo, estaríamos, em verdade, criando outra causa de imprescritibilidade, o que não foi autorizado pela Constituição Federal.

Dessa forma, o ideal é encontrar uma solução para o impasse. Têm a doutrina e a jurisprudência adotado a seguinte postura: o processo fica suspenso pelo prazo máximo em abstrato previsto para o crime, conforme o previsto no art. 109; em seguida, retoma-se o curso da prescrição, calculado pelo máximo da pena em abstrato previsto para o delito. Por isso, um processo por homicídio, por exemplo, ficaria paralisado por 20 anos. Depois, teria início a prescrição, que levaria outros 20 anos. Conferir: STJ: 'O período máximo de suspensão da fluência do prazo da prescrição, na hipótese do art. 366 do CPP, corresponde ao que está fixado no art. 109 do CP, observada a pena máxima cominada para a infração penal' (RHC 7.052-RT, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 07.04.1998, v. u., *DJ* 18.05.1998, *RT* 754/575)".

Visto o instituto, deve-se agora questionar se é possível sua aplicação no processo penal militar, de acordo com o que se discorreu sobre o art. 3º do CPPM.

Entende-se, em resposta, que no caso específico do art. 366 do CPP, sua aplicação não é cabível ao processo penal militar e, por consequência, não se configura em causa de suspensão da prescrição da pretensão punitiva.

Muito simples é a construção para a sua não aplicação, centrando-se na existência de previsão específica para o assunto no CPPM, que não contraria a Constituição Federal – portanto, não havendo omissão –, no fato de uma suposta aplicação do art. 366 do CPPM ferir a índole do processo penal militar e, finalmente, porque a construção pela aplicação importa em analogia *in malam partem*, visto que cria uma regra a mais de suspensão da prescrição não prevista no Código Penal Militar ou em norma extravagante que se aplique ao crime militar.

No primeiro plano, há previsão expressa no processo penal militar para a revelia, especialmente nos art. 411 a 414 do CPPM, não havendo previsão de suspensão do processo e do curso prescricional. Não há inconstitucionalidade nesses dispositivos; trata-se apenas de opção legislativa mais rigorosa no processo penal militar, atendendo inclusive à ideia de igualdade material (substancial), já que o processo penal militar, mais incidente sobre os militares, embora um não militar possa praticar delito militar, exige um comportamento mais severo dada as peculiaridades do serviço militar, calcado em valores como hierarquia, disciplina e lealdade. O curso processual à revelia, sem possibilidade de suspensão do processo, importa em uma sanção processual (não material) àquele que opta por não enfrentar o peso do processo.

Nessa mesma linha de raciocínio, aplicar o art. 366 do CPP significaria uma lesão à índole do processo penal militar, incorrendo na vedação da segunda parte da alínea *a* do art. 3º do CPPM, como acima se expôs.

Finalmente, mesmo que se admitisse uma lacuna na lei processual penal militar – o que não é o caso, como se dispôs nas duas argumentações anteriores –, deve-se lembrar que a aplicação do art. 366 do CPP ao processo

penal militar traria uma consequência negativa ao acusado no plano do Direito Penal Militar substantivo, em que se aloca a discussão da prescrição, uma vez que significaria a aceitação de uma causa de suspensão da prescrição da pretensão punitiva adicional àquelas previstas no CPM, portanto, *analogia in malam partem*.

Nessa linha, caminhou muito bem a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

"*HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. AUSÊNCIA DE CÓPIA DA DECISÃO IMPUGNADA. APLICAÇÃO DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AO PROCESSO PENAL MILITAR. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Crime de mera conduta – formal e instantâneo – atribuído ao Paciente, o qual se consuma com a simples ação do agente penetrar de forma clandestina em qualquer lugar, explícita e indubitavelmente sujeito à administração castrense, onde seja defeso ou que não seja passagem regular ou, ainda, quando o agente ilude a vigilância de sentinela ou vigia (art. 302 do Código Penal Militar). 2. O trancamento da ação é medida excepcional, não sendo possível a substituição do rito ordinário da ação penal, no qual todos os elementos de convicção serão apresentados e postos à disposição das partes para eventuais questionamentos, até mesmo garantindo-se a oportunidade processual própria ao Paciente para o exercício de todos os meios de provas admitidos em direito, o que não é possível de ser conferido pela via acanhada do *habeas corpus*, na qual não se tem a dilação própria. 3. Ordem denegada" (STF, HC 90.977/MG, rel. Min. Cármem Lúcia, j. 8-5-2007).

Folheando a íntegra da decisão do STF, verifica-se o acolhimento de decisão precedente no caso, de lavra do Superior Tribunal Militar, cuja decisão resultou na seguinte ementa:

"*HABEAS CORPUS* – Aplicação do art. 366, do CPP à Justiça Militar da União – Inviabilidade.

I – O presente Pedido de Ordem objetiva obter desta Justiça Especializada a liberalidade de permitir que se transponha regras do direito

processual comum para o direito adjetivo penal castrense, como se essa discricionariedade não sofresse limites impostos até mesmo por lei.

II – A Lei dos Ritos Penais Militares rege-se por normas próprias e sua integração com a legislação de processo penal comum só é possível quando, em seu bojo, houver omissão, o que não é o caso na espécie, e, mesmo assim, desde que não prejudique sua índole.

III – *Habeas Corpus* denegado por carência de amparo legal.

IV – Decisão majoritária" (STM, HC 2007.01.034300-8, rel. Min. Sérgio Ernesto Alves Conforto, j. 6-3-2007).

Avaliando a decisão do STM, a Ministra Cármem Lúcia conclui que:

"(...) pelo que se tem nas razões apresentadas no acórdão do Superior Tribunal Militar, não há embasamento jurídico a sustentar os argumentos jurídicos expendidos pelo Impetrante para assegurar o êxito do seu pleito, pois não se constata fundamento legal para justificar a aplicação prevista no processo penal comum ao processo penal militar".

Ademais, a douta relatora avalia as razões consignadas pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em que foi postulado: "cumpre considerar que a suspensão do processo, com a aplicação da norma prevista no art. 366 do CPP, resultaria em situação desfavorável para o paciente, porque haveria interrupção do prazo prescricional, situação não prevista no *Codex* Militar". Com a ressalva de que em verdade se trata de suspensão, e não de interrupção, o raciocínio do Representante do *Parquet* é irrefutável, significando a aplicação do art. 366 do CPP, em exemplo claro de *analogia in malam partem*.

Por tudo o que foi aduzido e em conclusão, postula-se não haver suspensão do curso prescricional da pretensão punitiva do crime militar pela suspensão do processo em face da revelia definida no art. 366 do CPP, por inaplicabilidade desse instituto ao processo penal militar.

Ressalte-se, por honestidade ao franco debate que se deseja iniciar, que a visão aqui exposta não é uníssona. Em sentido oposto, por exemplo, tomem-se as lições de Nelson Coldibelli e Cláudio Amin Miguel, os quais, desde a

primeira edição de sua obra, em 2004, aceitam a aplicação do art. 366 do CPP ao processo penal militar, e isso não somente em relação aos crimes de competência do Juiz de Direito do Juízo Militar, mas também alcançando os crimes de competência do Conselho de Justiça, único órgão de julgamento em primeira instância da Justiça Militar da União em que ambos possuem sólida experiência de atuação. Para esses autores:

"Se o acusado, citado pessoalmente, deixar de comparecer à audiência de qualificação e interrogatório, sem justa causa, ser-lhe-á decretada a revelia (artigo 412); caso a citação tenha sido realizada por edital, não comparecendo o réu, entendemos que deverá ser aplicada a hipótese prevista no art. 366 do Código de Processo Penal Comum, sendo em consequência suspensos o processo e o curso do prazo prescricional. O direito está em eterna evolução e não podemos permanecer alheios às mudanças, principalmente quando não se atinge a hierarquia e a disciplina. Ora, se o réu não comparece, e vem a ser condenado, qual seria a consequência prática? Qual seria a repercussão positiva no âmbito das Forças Armadas? Não é mais lógico que se aguarde o retorno do acusado para, então, dar prosseguimento ao processo? Não há que se falar em prejuízo nessa hipótese, pois o curso do prazo prescricional ficará suspenso, possibilitando, após o julgado, com ampla defesa, e, caso seja condenado, que esta sentença tenha efetivamente um efeito prático, recolhendo o réu à prisão, se for a hipótese. O STM não admite a aplicação do citado instituto jurídico"**[965]**.

Com a devida vênia, as bem-versadas palavras emprestam um significado lógico ao processo penal militar dinâmico defendido pelos autores, mas não, como cabe discutir neste raciocínio, ao Direito Penal Militar substantivo. Mesmo que se defenda que a aplicação do art. 366 do CPP não importa em prejuízo ao processo penal militar, essa visão significará inequívoco prejuízo ao acusado, vedando-se, pois, a suspensão da prescrição da pretensão punitiva por uma construção baseada em analogia.

11.2.3.3.5. *Suspensão da prescrição pela expedição de carta rogatória*

O art. 368 do CPP dispõe: "Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento".

Dessa forma, há uma causa suspensiva do curso prescricional da pretensão punitiva do crime comum extravagante ao Código Penal comum, devendo-se avaliar sua aplicabilidade ao Direito Penal Militar.

A discussão travada em relação ao art. 366 do CPP, no item anterior, pode muito bem ser trasladada para a discussão do art. 368 do CPP.

No CPPM há previsão específica para a citação de réu no estrangeiro, referindo-se não à carta rogatória, mas à "carta citatória". Assim dispõe o art. 285 da lei processual penal militar:

"Estando o acusado no estrangeiro, mas em lugar sabido, a citação far-se-á por meio de carta citatória, cuja remessa a autoridade judiciária solicitará ao Ministério das Relações Exteriores, para ser entregue ao citando, por intermédio de representante diplomático ou consular do Brasil, ou preposto de qualquer deles, com jurisdição no lugar onde aquele estiver (...)".

No dispositivo acima, alinhado mais uma vez à índole do processo penal militar, não há previsão de suspensão do prazo prescricional. Simplesmente o prazo fruirá normalmente e, nos termos do § 3º, se o "citando não for encontrado no lugar, ou se ocultar ou opuser obstáculo à citação, publicar-se-á edital para este fim, pelo prazo de vinte dias, de acordo com o art. 286, após a comunicação, naquele sentido, à autoridade judiciária".

Assim, incorporando as argumentações trazidas para afastar a aplicação do art. 366 do CPP, também se postula não haver suspensão do curso prescricional da pretensão punitiva do crime militar no caso de citação de réu no estrangeiro por carta rogatória ("carta citatória", como dispõe o CPPM), por inaplicabilidade do art. 368 do CPP ao processo penal militar, que tem previsão específica para o assunto, não admitindo a suspensão em face de sua índole, e, finalmente, mesmo que se admitísse uma lacuna na lei processual penal militar (o que também não é o caso, como visto), a adoção da disposição do CPP importaria em *analogia in malam partem*, já que repercutiria de forma negativa para o acusado.

11.2.3.4. Conclusões acerca das causas suspensivas do curso da prescrição da pretensão punitiva

Em conclusão, por tudo que se aduziu entendem-se como causas suspensivas do curso prescricional da pretensão punitiva, previstas no Código Penal Militar, apenas as questões prejudiciais heterogêneas devolutivas e o cumprimento de pena no estrangeiro.

Como causa de suspensão desse curso prescricional extravagante ao Código Penal Militar, admite-se apenas a sustação do processo penal militar que apure crime praticado por parlamentar federal ou estadual.

11.2.4. INTERRUPÇÃO DO PRAZO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Além das causas de suspensão da prescrição punitiva, o Código Castrense enumera casos em que essa prescrição se interrompe, especificamente nos incisos do § 5º do art. 125. Por esse dispositivo, a prescrição se interrompe pela instauração do processo (inciso I) e pela sentença condenatória recorrível (inciso II). Com a interrupção, o cômputo do prazo prescricional volta ao início.

Em singela comparação com o Código Penal comum, tem-se no art. 117, como causas interruptivas da prescrição, o recebimento da denúncia ou da queixa, a sentença de pronúncia, a decisão confirmatória da pronúncia, a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, o início ou continuação do cumprimento da pena e a reincidência. Os dois últimos marcos se referem à interrupção da prescrição da pretensão executória, que será vista adiante, enquanto os demais se inserem na interrupção da prescrição da pretensão punitiva.

Resta agora saber se algumas das causas interruptivas da pretensão punitiva do Código Penal comum aplicam-se ao Direito Penal Militar, não sem antes apreciar as causas expressas no art. 125, § 5º, do CPM.

11.2.4.1. Causas de interrupção do prazo prescricional da pretensão punitiva expressas no Código Penal Militar

A) Instauração do processo (recebimento da denúncia ou queixa)

De início, verifique-se que há uma diferença redacional entre o Código Penal comum e o Código Penal Militar. Naquele menciona-se a interrupção pelo recebimento da denúncia ou da queixa-crime (art. 117, I), enquanto neste menciona-se a interrupção quando da instauração do processo (art. 125, § 5º, I).

Muito embora haja a diferença literal, deve-se entender que as situações são sinônimas, visto que o processo penal militar se instaura com o recebimento da denúncia, conforme dispõe o art. 35 do CPPM, *in verbis*: "O processo inicia-se com o recebimento da denúncia pelo juiz, efetiva-se com a citação do acusado e extingue-se no momento em que a sentença definitiva se torna irrecorrível, quer resolva o mérito, quer não".

Deve-se notar que o texto do CPPM não menciona o recebimento da queixa-crime, e sim apenas da denúncia a iniciar o processo penal militar. Essa situação ocorre porque, na lógica do Código Processual Penal Castrense, a ação penal somente poderia ser pública, ou seja, promovida pelo Ministério Público mediante o oferecimento da denúncia, conforme se extrai dos arts. 121 e 122 do CPM. Consagra-se também como regra a ação penal pública incondicionada, havendo apenas as exceções dos crimes dos arts. 136 a 141, nos quais, quando o agente for militar, a propositura da ação penal dependerá de requisição do Ministro da Defesa**[966]**, e, quando o agente for civil, dependerá de requisição do Ministro da Justiça (ação penal pública condicionada).

Todavia, com o advento da Constituição de 1988, como visto, consagrou-se a ação penal privada subsidiária da pública no inciso LIX de seu art. 5º, dispondo que "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal", sendo inequívoco que esse dispositivo se aplica também ao Direito Penal e Processual Penal Militar, visão aceita doutrinária e jurisprudencialmente, como já referimos ao tratar da ação penal militar.

Pelo exposto, portanto, pode-se concluir que também no Direito Processual Penal Militar o processo penal se inicia com o recebimento pelo Juiz de Direito do Juízo Militar ou pelo Juiz Auditor, na Justiça Militar da União, da denúncia ou da queixa-crime no caso de ação penal subsidiária da pública. O início do processo marca sua instauração, de sorte que se conclui que o

recebimento da denúncia ou da queixa-crime configuram-se em marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva do crime militar.

Nesse sentido, as abalizadas lições de Ione Souza Cruz e Cláudio Amim Miguel:

"Há que se reconhecer que o inciso I equivale ao 'recebimento da denúncia ou queixa, nos mesmos termos do art. 117, inciso I, do Código Penal Brasileiro, com a ressalva da inexistência de ação penal privada no direito castrense (exceto a ação penal privada subsidiária da pública, com previsão na Constituição Federal, em seu art. 5º, LIX)"**[967]**.

Ainda nessa discussão, outro ponto deve ser avaliado para tornar mais completo o estudo em curso, a saber, a dúvida no processo penal comum, especialmente no procedimento penal comum (ordinário ou sumário), sobre quando (em qual momento) se deve ter por recebida a denúncia após o advento da Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008.

Antes, porém, deve-se lembrar que o procedimento comum do processo penal comum aplica-se ao processo penal militar nos casos dos crimes de competência do Juiz de Direito do Juízo Militar, possibilidade de julgamento monocrático afeto apenas às Justiças Militares Estaduais, após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Como já exposto ao tratar da suspensão do curso prescricional por força do art. 366 do CPP – momento em que se defendeu a inaplicabilidade desse artigo como marco suspensivo da prescrição do crime militar –, na omissão da lei processual penal militar para procedimento do julgamento monocrático, naquilo que não contrariar a índole do processo penal castrense, deve-se buscar socorro no procedimento comum ordinário ou sumário do Código de Processo Penal, questão que já encontrou arrimo em decisão do Pretório Excelso no já susomencionado *Habeas Corpus* n. 93076/RJ.

Assim, aplicando-se o procedimento comum do CPP ao processo penal militar, a questão do recebimento da denúncia, considerado o marco interruptivo da prescrição nos termos do art. 125, § 5º, do CPM, ganha relevância.

No Código de Processo Penal comum, os art. 396 a 405 disciplinam os procedimentos ordinário (quando, nos termos do inciso I do § 1º do art. 394 do CPP, tiver por objeto crime cuja *sanção máxima cominada for igual ou superior a quatro anos de pena privativa de liberdade*) e sumário (quando, nos termos do inciso II do § 1º do art. 394 do CPP, tiver por objeto crime cuja *sanção máxima cominada seja inferior a quatro anos de pena privativa de liberdade*). O procedimento sumaríssimo, que não cabe à discussão neste momento, é regido pela Lei n. 9.099/95. Com o advento da Lei n. 11.719/2008, os artigos 396**[968]** e 399**[969]** do CPP passaram a mencionar, de forma conjunta e aparentemente conflitante, dois momentos de recebimento da denúncia, suscitando a dúvida sobre qual deles deve ser considerado para interromper o curso da prescrição da pretensão punitiva.

A indagação é muito bem colocada por Rogério Greco:

"As alterações no Código de Processo Penal levadas a efeito pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, trouxeram alguns impasses. Isso porque, em duas passagens distintas, constantes dos arts. 396 e 399, fez-se menção ao recebimento da denúncia. Agora a pergunta que fazemos é a seguinte: Em qual dos momentos previstos no Código de Processo Penal poderá ser reconhecido o recebimento da denúncia para efeitos de interrupção da prescrição? Seria na primeira oportunidade em que o julgador tomasse conhecimento da denúncia ou queixa (art. 396, *caput*, do CPP), ou após a resposta do réu (art. 399 do CPP)? Essas respostas, como percebemos, são extremamente importantes, uma vez que, dependendo do caso concreto, poderá importar no reconhecimento ou não da prescrição"**[970]**.

Em resposta a essa indagação, duas posições podem ser destacadas, obviamente, uma sustentando que a denúncia é recebida no momento do art. 396 do CPP, e a outra entendendo que o efetivo recebimento da denúncia deve ser o do art. 399 do CPP.

Na primeira vertente está, por exemplo, Nereu José Giacomolli, nos seguintes termos:

"Da maneira como se estruturou a reforma, não há como ser

sustentado ser o segundo momento o verdadeiro momento do recebimento da acusação. É o que se infere de uma leitura sistemática do art. 363 do CPP (processo penal se forma com a citação do acusado); do art. 366 do CPP (suspensão do processo após a citação por edital, quando o réu não comparecer nem constituir advogado) e do art. 397 do CPP (absolvição sumária). Todos esses atos processuais e decisões correm antes do recebimento da denúncia que está no art. 399 do CPP. Portanto, o momento do recebimento da acusação é o que se encontra previsto no art. 396 do CPP"**[971]**.

Também nesse sentido posiciona-se Guilherme Nucci, aduzindo que o recebimento da denúncia se dá no primeiro momento, ou seja, no momento do art. 396 do CPP**[972]**.

Para o autor, no art. 399, é inegável o equívoco legislativo de redação na expressão "recebida a denúncia", pois "...já fora realizada essa atividade por ocasião do disposto no art. 396, *caput*. Tanto que este artigo é bem claro, mencionando, até de maneira desnecessária, que a peça acusatória, se *não for liminarmente rejeitada*, será recebida, ocasião em que o magistrado *ordenará* a citação do réu para *responder* à acusação. Ademais, por uma questão de lógica, somente tem sentido falar-se em absolvição sumária, quando a relação processual aperfeiçoou-se, ou seja, a peça acusatória foi recebida, o réu foi citado e ofereceu sua defesa. Se a defesa prevista no art. 396-A fosse mera defesa preliminar, a denúncia ou queixa não teria sido recebida, nem se falaria em absolvição sumária, mas em simples rejeição da peça acusatória, caso acolhidos os argumentos defensivos. Note-se o procedimento adotado na lei 11.343/06 (Drogas), como ilustração: oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, em dez dias. Na sua resposta, ele pode alegar toda a matéria defensiva possível (exatamente como previsto no art. 396-A do CPP). Se não forem consistentes os argumentos do acusado, o juiz recebe a denúncia e o processo prossegue com a designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento (arts. 55 e 56). A sistemática é alterada no CPP. Segue-se o padrão estabelecido para o júri (art. 406 do CPP). O Juiz recebe a denúncia ou queixa, ordena a citação, colhe a defesa prévia e prossegue na instrução. Logicamente, se a defesa prévia contiver, no júri, matéria prejudicial (apontando, por exemplo, causa de extinção

da punibilidade), o juiz acolherá e o processo será extinto. A única diferença no procedimento comum é que recebida a denúncia ou queixa e produzida a defesa prévia, cabe ao magistrado *absolver sumariamente* o acusado se acolher os argumentos defensivos. Não o fazendo, prosseguirá na instrução do feito, designando audiência de instrução e julgamento. Por isso, a única cautela para dar sintonia aos artigos do CPP, com nova redação, é ignorar a expressão 'recebida a denúncia ou queixa', prevista no art. 399. Quis-se dizer: 'tendo sido recebida a denúncia ou queixa, nos moldes do art. 396, *caput*, e não tendo havido a absolvição sumária, nos termos do art. 397', deve o juiz continuar com a instrução. Nada mais que isso. Portanto, inexistem 'dois recebimentos' da peça acusatória, nem é dado à parte (acusação ou defesa) escolher qual deles é o mais conveniente. Não deve o juiz, por outro lado, *receber* outra vez a peça acusatória, após ler os argumentos da defesa prévia. Ao contrário, deve mencionar que lidos os referidos argumentos defensivos, inexiste motivo para a absolvição sumária, portanto, designa audiência de instrução e julgamento, intimando-se o réu. A prescrição será interrompida no recebimento válido da peça acusatória (art. 396, *caput*, CPP)"**[973]**.

Em sentido oposto, ou seja, entendendo que a denúncia é recebida no momento do art. 399 do CPP, está Paulo Rangel, para quem:

"Não há dúvida de que o legislador cometeu uma falta grave dentro da área da redação do recebimento da denúncia e merece um cartão vermelho. A denúncia é recebida no art. 399 e a razão é simples:

A uma, quando a denúncia é oferecida, o juiz determina a citação do réu para responder à acusação.

A duas, oferecida a resposta prévia, o juiz é chamado a se manifestar sobre a presença ou não das causas mencionadas no art. 397, isto é, se absolve sumariamente ou não o acusado.

A três, não absolvendo sumariamente o réu, aí sim o juiz recebe a denúncia e determina a audiência de instrução e julgamento.

Perceba que são passos coerentes que devem ser dados pelo juiz.

Não faz sentido o juiz receber a denúncia no art. 396 e citar o réu para

oferecer a resposta prévia. Por que a resposta prévia então? A resposta prévia é uma inovação das leis modernas que entraram em vigor no ordenamento jurídico possibilitando ao juiz ouvir primeiro o acusado, antes de colocá-lo no banco dos réus. É o exercício do contraditório e da ampla defesa, pois receber a denúncia antes da resposta prévia não faria sentido.

A Lei de Drogas – 11.343/2006 – também tem a mesma regra em seus arts. 55 e 56 onde o juiz apenas recebe a denúncia após a manifestação da defesa.

A Lei do JECRIM – 9.099/95 – tem o art. 81, que permite que primeiro a defesa responda à acusação para depois o juiz receber ou não a acusação.

A expressão *recebe-la-á* do art. 396 não significa tecnicamente juízo de admissibilidade da acusação, mas sim o ato de 'entrar na posse' da petição inicial. Recebe em suas mãos a petição inicial. Se a denúncia é distribuída a vara criminal, ela é entregue ao juiz que a recebe em suas mãos, sem exercer ainda o juízo de admissibilidade"**[974]**.

Ainda com essa visão, Rogério Greco, que sedimenta:

"Entendemos, com a devida *venia*, que a razão se encontra com a segunda corrente, que preleciona que o recebimento da denúncia só acontece, efetivamente, no art. 399 do Código de Processo Penal. Isso porque, como bem salientou Paulo Rangel, inicialmente, ou seja, no momento previsto pelo art. 396 do Código de Processo Penal, o juiz toma primeiro contato com a acusação.

Ali se observa que a inicial padece de vícios graves, a exemplo da ausência de uma das condições necessárias para regular o exercício do direito de ação, com a ilegitimidade da parte, já a rejeitará de plano. Se, pelo menos superficialmente, tudo estiver em ordem, determinará a citação do acusado para que apresente sua resposta, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Após a resposta do réu, depois de sopesar os argumentos e as provas trazidas para os autos, se não for o caso de rejeição, ou mesmo de absolvição sumária, receberá a denúncia ou queixa e designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente, conforme dispõe o art. 399 do Código de

Processo Penal.

Concluímos, outrossim, que somente nesse momento é que se considerará interrompida a prescrição, levando-se a efeito, consequentemente, os cálculos relativos aos prazos prescricionais”**[975]**.

Com o devido respeito aos citados doutrinadores que postulam a favor do recebimento da denúncia no momento do art. 399 do CPP, entendemos ser correta a primeira visão, pelos exatos argumentos muito bem sedimentados por Guilherme Nucci e Nereu Giacomolli.

Note-se que essa adoção pelo Direito Penal Militar substantivo é adequada visto que a norma expressa se vincula não ao artigo específico do CPPM, mas à instauração do processo penal militar. Em outros termos, aplicando-se o procedimento comum do CPP à persecução de um crime militar de competência do Juiz de Direito do Juízo Militar, o recebimento da denúncia descrito no art. 396 do CPP significará a instauração do processo penal, que, nos termos do inciso I do § 5º do art. 125 do CPM, é o marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva.

B) Interrupção do prazo prescricional da pretensão punitiva pela sentença condenatória recorrível (publicação da sentença ou acórdão con-denatórios recorríveis)

Outro marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva do crime militar está na sentença condenatória recorrível.

Também neste ponto é possível notar diferença literal do Código Penal Militar em relação à lei penal comum, isso fruto da redação dada ao art. 117, IV, do CP, pela Lei n. 11.596, de 29 de novembro de 2007. Antes dessa alteração o citado dispositivo do Código Penal comum era idêntico ao inciso II do § 5º do art. 125 do CPM, consignando que a interrupção da prescrição da pretensão punitiva se dá pela sentença condenatória recorrível. Tal previsão apresenta uma lacuna indesejada, porquanto não indica qual o momento em que se opera a interrupção. Mais ainda, há que se averiguar se a expressão “sentença condenatória” abrange também os acórdãos dos tribunais oriundos de decisão em competência recursal ou originária, quando cabível recurso.

Buscando solapar a questão, parece ter caminhado bem a lei penal comum ao prever, após a alteração da Lei n. 11.596/2007, que a interrupção da prescrição se dá no momento da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, alteração que não alcançou o Código Penal Militar, remanescendo as dúvidas suscitadas.

Na atual conformação do CP, muito bem dispõe César Dario Mariano:

"A sentença condenatória recorrível proferida por Juiz de Direito ou por Tribunal em grau de recurso (acórdão condenatório recorrível) interrompem a prescrição da pretensão punitiva. Igualmente, em se tratando de julgamento de infração penal cuja competência é originária do Tribunal, o acórdão condenatório recorrível também interromperá o prazo da prescrição da pretensão punitiva.

O prazo prescricional será interrompido na data da publicação da sentença penal condenatória recorrível, ou seja, quando o escrivão anexar a sentença aos autos de modo que se torne pública.

Já no julgamento afeto ao Tribunal do Júri, o veredicto e a sentença são lidos em plenário e, havendo condenação, a partir desta data a prescrição da pretensão punitiva é interrompida. Isso porque, com a leitura da sentença em plenário, ela se tornou pública, havendo, por conseguinte, sua publicação.

O acórdão que confirma a condenação não interrompe a prescrição. Somente o acórdão condenatório recorrível a interromperá, e a ata da interrupção será a da sessão do julgamento. É nesse momento que o resultado do julgamento é lido e tornado público, ou seja, dar-se-á sua publicação. Não se exige que o acórdão seja digitado e juntado aos autos. A publicidade do acórdão ocorre no momento em que é proclamado o resultado do julgamento com a sua leitura pública.

Já o acórdão que majora ou agrava a pena também interromperá a prescrição da pretensão punitiva"**[976]**.

Como se percebe, o texto do Código Penal comum traz maior exatidão na concepção dessa causa interruptiva, o que não ocorre no Direito Penal Militar, que carece de maior explanação.

Inicie-se a argumentação lembrando que a ideia de “sentença” deve ser compreendida em sentido amplo, ou seja, de abranger não só as decisões de primeira instância, mas também as lavradas pelos tribunais. É o que se extrai, por exemplo, das lições de Tourinho Filho, para quem na doutrina “reserva-se o termo sentença para aquele ato jurisdicional por meio do qual se resolve a lide. A tendência, contudo, é para conceituá-la como ato pelo qual o Juiz põe termo ao processo, com ou sem julgamento de mérito. A sentença é o ato *più eminente* da relação processual”**[977]**. Tome-se, então, que no processo penal, a sentença é o ato jurisdicional que encerra o processo, incursionando ou não pelo pedido formulado, podendo ser lavrada em primeiro ou em segundo grau.

Para a interrupção da prescrição, destaque-se, há de ser apenas a sentença condenatória, recorrível, não indicando a lei penal militar em que momento ocorre a interrupção. Assim, por exemplo, a sentença absolutória imprópria que impõe a sanção penal da medida de segurança não interrompe a prescrição.

Para tentar trazer maior segurança na aplicação do disposto no CPM, no silêncio da doutrina penal militar, interessante verificar o que dispunha a doutrina penal comum antes da alteração do art. 117 do CP, em 2007, visto que, como já referido, havia idêntica disposição nos dois Códigos.

Pierangeli e Zaffaroni, em argumentação anterior à alteração do CP, dispunham que a sentença condenatória recorrível interrompia a prescrição a contar da data de sua publicação pelo escrivão, diante do que dispunha, e ainda dispõe, o art. 389 do CPP**[978]**: “A sentença será publicada em mão do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim”.

De forma mais clara e precisa, Guilherme Nucci, em sua obra de 2006, portanto também comentando texto do Código Penal comum idêntico ao Código Penal Militar, aduzia que para a interrupção da prescrição pela sentença condenatória recorrível dever-se-ia computar a partir da publicação nas mãos do escrivão, discorrendo de forma muito mais interessante sobre a decisão de segundo grau, na seguinte conformidade: “O acórdão pode ser considerado ‘sentença recorrível’, se for a primeira decisão condenatória no processo, aliás,

porque é ela que fixa o *quantum* para o cálculo da prescrição *in concreto*. Aceitando o Acórdão como marco interruptivo, vale a data da sessão de julgamento"**[979]**.

Acerca do acórdão majorador da pena, em função de recurso da acusação, o mesmo autor enumera três posições: "a) serve para interromper a prescrição, uma vez que traz novo patamar para a pena em concreto; b) não serve para interromper a prescrição, tendo em vista não estar expressamente inserido no art. 117. É a melhor posição, a despeito de a primeira buscar sanar uma lacuna que já deveria ter sido corrigida; c) somente serve para interromper a prescrição se for 'não unânime', portanto sujeito a embargos infringentes"**[980]**.

Das concepções trazidas pelos doutrinadores supracitados pode-se verificar nitidamente que o inciso IV do art. 117 do Código Penal possui hoje a mesma compreensão que antes da alteração trazida pela Lei n. 11.596/2007, apenas havendo a expressa previsão de que o marco interruptivo é a data da publicação da sentença ou do acórdão.

Para facilitar a compreensão, firme-se que, em resumo, no Código Penal comum, antes e depois da alteração da redação do inciso IV do art. 117, a sentença condenatória de primeiro grau recorrível é marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva a contar de sua publicação, considerado esse momento como aquele em que o escrivão, tendo a sentença em mãos, a anexa aos autos de modo que se torne pública, lavrando no feito o respectivo termo, conforme dispõe o art. 389 do CPP.

No caso da sentença condenatória de segundo grau (acórdão), entendida essa como a primeira condenação, seja em competência originária, seja em função de competência recursal, desde que ainda recorrível, também inter-romperá a prescrição da pretensão punitiva a contar de sua publicação. Todavia, a publicação do acórdão se dá de forma diversa da sentença de primeiro grau, devendo ser considerado como publicado no instante em que alcança a publicidade, ou seja, no momento de sua leitura pública, que ocorre na data do julgamento.

Nesse sentido, verifique-se, do Supremo Tribunal Federal, a seguinte

decisão, constante do *Informativo* n. 41 dessa Corte:

"Para efeito do que estabelece o art. 117, IV, do CP ('*O curso da prescrição interrompe-se: IV – pela sentença condenatória recorrível*'), considera-se a data do *julgamento* da apelação, e não a da publicação do acórdão, ou a do trânsito em julgado. *Habeas corpus* indeferido, contra o parecer do Ministério Público. Precedentes citados: HC 56146-SP (RTJ 87/827); HC 49763-SP (RTJ 62/54). *HC 74.123-SP, rel . Min. Celso de Mello, 20-8-96*" (STF, HC 74.124/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 20-8-1996).

Ainda em relação ao acórdão, existia e existe polêmica acerca da possibilidade de interrupção da prescrição quando esta apenas majora a condenação. Há autores que sustentam que também importará a interrupção, como César Dario Mariano, que aponta como precedente o *Habeas Corpus* n. 64.303/SP, julgado em 12 de dezembro de 1986, tendo por relator o Ministro Sydney Sanches, e outros, como Guilherme Nucci, que entendem que em face da literalidade que já existia e existe no sentido de ser condenatório o acórdão, a decisão de segundo grau (ainda recorrível) que majore a pena não pode interromper a prescrição. Preferível, com o devido respeito, o último entendimento, sob pena de se estar criando uma causa interruptiva da prescrição a mais sem estrita previsão legal.

Há ainda a possibilidade de o acórdão significar uma nova condenação, ainda que haja pena anterior aplicada pela primeira instância, por exemplo, condenando, em face de recurso da acusação, por crime outro que não aquele que a primeira decisão considerou. Nesse caso, parece que, por se tratar de condenação, substancialmente considerada, deve haver a interrupção da prescrição. É o que se extrai, por exemplo, da seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

"*Habeas corpus*. Penal. Processual penal. Extorsão. Prescrição. Acórdão que traz nova condenação. Marco interruptivo. Ocorrência. Ordem denegada. I – Acórdão que altera o título da condenação, com modificação substancial da pena, constitui novo julgamento, revestindo-se da condição de marco interruptivo da prescrição. II – Inocorrência, entre os marcos legais, dos lapsos exigidos pelo Código Penal para o reconhecimento da extinção da

punibilidade. III – Ordem denegada" (STF, HC 92.340/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18-3-2008).

No caso específico do julgamento pelo Tribunal do Júri, não se atendo aos marcos interruptivos da decisão de pronúncia e da confirmação dessa decisão, que serão abordadas abaixo, a condenação se dá com a declaração do veredicto pela sentença lida em plenário, interrompendo-se a prescrição a partir desta data.

Deve-se, agora, iniciar a compreensão do assunto especificamente no Direito Penal Militar.

Em primeiro plano, ressalte-se que, como já admitida a aplicação do procedimento comum do CPP nos crimes de competência do Juiz de Direito do Juízo Militar, parece evidente que a regra do art. 389 do CPP deva prevalecer, em face da omissão do CPPM. Em outras palavras, em um crime militar julgado monocraticamente pelo Juiz de Direito, possibilidade apenas afeta às Justiças Militares Estaduais, ressalte-se mais uma vez, a interrupção da prescrição da pretensão punitiva se dará com a publicação da sentença recorrível condenatória, coincidente com o momento em que o escrivão, tendo a sentença em mãos, a anexa aos autos de modo a torná-la pública, lavrando no feito o respectivo termo.

Também é necessário lembrar que, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, no âmbito das Justiças Militares Estaduais, sedimentou-se o entendimento de que o crime militar doloso contra a vida de civil será processado e julgado pelo Tribunal do Júri, também sendo lógico sustentar que a interrupção da prescrição da pretensão punitiva nesses casos, por ausência de previsão diversa no CPPM, que não prevê procedimento para o júri, dar-se-á no momento da leitura da sentença em plenário, entendido como o momento da decisão condenatória recorrível, nos termos do inciso I do § 5º do art. 125 do Código Penal Militar. Note-se que, mesmo que futuramente possa o Tribunal do Júri instalar-se nas Justiças Militares Estaduais, a ausência de disciplina no CPPM levará à aplicação das normas do CPP, nos termos do art. 3º da lei processual penal militar, ratificando o entendimento aqui versado.

Por fim, o entendimento acerca da decisão condenatória de segundo grau, proferida pelo Superior Tribunal Militar ou pelos Tribunais de Justiça

Militar, ou ainda pelos Tribunais de Justiça nos Estados em que não há Tribunal de Justiça Militar, parece óbvia a aplicação da mesma construção acima transcrita, ou seja, o acórdão recorrível, proferido em face do exercício de competência originária ou recursal, interromperá a prescrição da pretensão punitiva a contar do instante em que alcança a publicidade, por sua leitura pública na data do julgamento. Inclua-se nessa possibilidade o acórdão (recorrível) que, embora se debruce sobre uma condenação precedente da primeira instância, altera o título da condenação, com modificação substancial da pena, pois constitui novo julgamento, portanto uma "sentença condenatória", nos termos do inciso II do § 5º do art. 125 do CPM.

Essa a visão do Superior Tribunal Militar no seguinte acórdão:

"Recurso criminal. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva. Decreto condenatório emanado de instância superior. A decisão condenatória prolatada em segundo grau tem eficácia interruptiva da prescrição quando, provendo apelo ministerial, retifica sentença absolutória. O efeito interruptivo independe do trânsito em julgado ou da publicação do acórdão, ainda que embargável a decisão, operando-se na data da sessão de julgamento. Precedentes (STF e STJ). Recurso improvido. Unânime" (STM, RCrim 1994.01.006156-3/RJ, rel. Min. Paulo César Cataldo, j. 30-6-1994).

Vide, ainda, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo:

"*Habeas Corpus* – Impetração visando a declaração de extinção da punibilidade em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva – Impossibilidade – Paciente *absolvido em primeira instância e condenado em segundo grau* – Decisão sem trânsito em julgado ante recursos interpostos pela defesa – *Impossibilidade da adoção da data de expedição do mandado de prisão como causa interruptiva da prescrição* – Inteligência do artigo 125, § 5º, do Código Penal Militar – Ordem denegada" (TJMSP, HC 1.913/06, rel. Cel. Avivaldi Nogueira Júnior, j. 14-9-2006).

Note-se que a decisão acima denegou a ordem em função de não haver o acolhimento dos argumentos da defesa, que pleiteava a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição, sustentando ser marco interruptivo da

prescrição da pretensão punitiva a data da expedição do mandado de prisão, e não a do julgamento em segunda instância que condenou o réu diante de apelação da acusação em face de sentença absolutória de primeiro grau.

Por outro bordo, acolhendo a visão de Guilherme Nucci, não é possível aceitar como marco interruptivo da prescrição acórdão (recorrível) que apenas majore a condenação já aplicada pela primeira instância, por falta de expressa previsão no inciso II do § 5º do art. 125 do CPM, que se refere a "sentença condenatória".

Em último aporte, deve-se avaliar a questão das condenações oriundas dos Conselhos de Justiça (Especial ou Permanente), órgãos colegiados de primeira instância das Justiças Militares dos Estados, ao lado do Juiz de Direito do Juízo Militar, único órgão de julgamento em primeira instância da Justiça Militar da União.

No caso de condenação pelo Conselho de Justiça, deve-se compreender, assim como na redação anterior do inciso IV do art. 117 do CP, que a interrupção da prescrição da pretensão punitiva se dará também quando da publicação da condenação. Ocorre que, diferentemente do art. 389 do CPP, o CPPM prevê a proclamação do resultado ou a leitura pública da decisão do Conselho, conforme dispõe seu art. 443, que está no bojo dos dispositivos que tratam da sessão de julgamento. Assim dispõe o art. 443 do CPPM: "Se a sentença ou decisão não for lida na sessão em que se proclamar o resultado do julgamento, sê-lo-á pelo auditor em pública audiência, dentro do prazo de oito dias, e dela ficarão, desde logo, intimados o representante do Ministério Público, o réu e seu defensor, se presentes".

Dessa forma, pela previsão do artigo supracitado, dois momentos podem, alternativamente, significar a interrupção da prescrição da pretensão punitiva: 1) o da leitura da decisão na própria sessão de julgamento, desde que assinada a sentença, momento certificado pela lavratura da respectiva ata da sessão pelo escrivão, nos termos do art. 448 do CPPM, que será juntada nos autos; 2) o da leitura da decisão em audiência marcada especialmente com esse intento, que deverá ocorrer, no máximo, após oito dias da sessão de julgamento, também certificando-se essa leitura por ata lavrada pelo escrivão nos termos do

art. 448 do CPPM.

Nesse sentido, enumere-se decisão do Superior Tribunal Militar nos seguintes termos:

"Embargos infringentes. A prescrição interrompe-se na data da publicação da sentença condenatória recorrível, isto é, a partir da lavratura do respectivo termo, posto que, antes da publicação e assinatura, a sentença não existe juri-dicamente. Embargos rejeitados. Decisão majoritária" (STM, EI 2003.01.049268-6/PR, rel. Min. Antonio Carlos de Nogueira, j. 9-10-2003).

Também nessa concepção caminha a visão do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo:

"Extinta a punibilidade do apelante diante o decurso de prazo entre o recebimento da denúncia e a *leitura e publicação* da sentença. Da análise meritória, possível aferir o dolo na conduta do policial militar que, ao receber determinação legal, não a cumpre e passa a dirigir palavras desairosas a superior hierárquico na presença de outros militares. Provas testemunhais coesas e convergentes para um juízo condenatório. Configurado o delito tipificado no art. 160 do CPM" (TJMSP, Ap. Crim. 5.673/07, rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho, j. 6-5-2008).

Avaliando mais amiúde o inteiro teor do acórdão, verifica-se claramente o entendimento exposto por este Tribunal:

"Segundo o artigo 125, § 5º, inciso II, do Código Penal Militar, o curso da prescrição da ação penal é interrompido pela sentença condenatória recorrível, e *como tal deve ser entendida a data da audiência em que ela é lida e publicada, caso não o tenha sido na própria sessão de julgamento*. Nos termos do artigo 443 do Código de Processo Penal Militar, é nessa audiência que são intimadas as partes e, portanto, somente nessa data é que a interrupção ocorre.

Nesse sentido o entendimento deste Tribunal, conforme precedentes em que foi considerada a data da leitura e publicação da sentença o marco interruptivo da prescrição, dos quais citamos como exemplo as Apelações Criminais ns. 4.735/99, em que foi relator o Magistrado Paulo Prazak, 5.176/03,

do Magistrado Lourival Costa Ramos, e 5.600/06 e 5.518/06, ambas do Magistrado Fernando Pereira".

11.2.4.2. Causas interruptivas do Código Penal comum e sua irrelevância para a prescrição da pretensão punitiva do crime militar

Estudadas detidamente as causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva expressas no Código Penal Militar (art. 125, § 5º, I e II), resta verificar se os demais marcos interruptivos trazidos expressamente pelo art. 117 do CP têm o condão de interromper também a prescrição do crime militar.

Como já exposto, existem quatro outros marcos interruptivos da prescrição no art. 117 do CP: a sentença de pronúncia; a decisão confirmatória dessa sentença; o início ou a continuação do cumprimento da pena e a reincidência. Todavia, apenas os dois primeiros marcos se referem à prescrição da pretensão punitiva, enquanto a continuação ou início do cumprimento da pena e a reincidência são marcos interruptivos da prescrição da pretensão executória.

Em resumo sobre as duas hipóteses, vale a pena trazer novamente as lições de César Dario Mariano:

"Pronúncia é a decisão que determina que o réu seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri (art. 413, *caput*, do CPP). Essa decisão tem o condão de interromper o prazo prescricional da pretensão punitiva. É isso que ocorre a partir de sua publicação.

Negando o Tribunal provimento a eventual recurso contra a decisão que pronunciou o acusado, novamente o prazo prescricional será interrompido. Assim, a confirmação da decisão de pronúncia também interrompe o prazo prescricional.

Não só o recurso da defesa contra a sentença de pronúncia poderá interromper o prazo prescricional. O recurso da acusação eventualmente poderá ser causa interruptiva da prescrição, quando, por exemplo, pede-se o reconhecimento de uma qualificadora, confirmando o Tribunal a pronúncia, embora negue provimento ao recurso.

Havendo desclassificação do crime contra a vida pelo Tribunal do Júri

para outro de competência de juiz singular (exemplo: tentativa de homicídio para lesões corporais) a decisão de pronúncia continua sendo marco interruptivo da prescrição.

Já a impronúncia ou a desclassificação operada pelo juiz singular não interrompe a prescrição"[981].

Compreendidas as duas causas interruptivas nas claras letras de César Dario, resta analisar se e como isso pode influenciar a prescrição do crime militar.

Como já verificado, os crimes militares dolosos contra a vida de civis, no âmbito das Justiças Militares Estaduais, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, que deu nova redação ao § 4º do art. 125 da CF, passaram a ser julgados pelo Tribunal do Júri, não impondo o texto constitucional que esse órgão de julgamento seja instalado na Justiça Comum, concluindo-se que não seria absurda sua implantação nas Justiças Militares Estaduais.

Todavia, seja na Justiça Comum, seja na Justiça Militar Estadual, o julgamento do crime militar doloso contra a vida de civil não possui procedimento específico definido no Código de Processo Penal Militar, levando à aplicação, qual ocorre com o crime de competência singular do Juiz de Direito do Juízo Militar, do procedimento previsto no Código de Processo Penal comum para o julgamento no Tribunal do Júri, especificamente dos arts. 406 a 497 desse diploma, já com as alterações trazidas pela Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, isso com permissão da alínea *a* do art. 3º do CPPM, desde que não contrarie a índole do processo penal militar.

Ocorre que intimamente ligado ao procedimento do Tribunal do Júri, o art. 117 do CP, nos incisos II e III, coloca como marcos interruptivos a decisão de pronúncia e a confirmação dessa decisão, hipóteses ausentes no § 5º do art. 125 do CPM.

Surge, pois, a seguinte indagação: **o crime militar doloso contra a vida de civil, por ser delito de competência do Tribunal do Júri, está sujeito aos marcos interruptivos dos incisos II e III do art. 117 do CP, ainda sem expressa previsão nesse sentido pelo § 5º do art. 125 do CPM?**

Claro que somente será possível chegar a essa indagação se aceitada a premissa de que os crimes dolosos contra a vida de civis, incursos em uma das alíneas do inciso II do art. 9º do CPM, não perderam a natureza de crimes militares, pois, do contrário, se forem entendidos como crimes comuns, haverá subsunção ao art. 121 do CP, com as causas suspensivas e interruptivas da prescrição dispostas no mesmo Código. Como premissa deste trabalho, no entanto, elege-se a posição, há muito defendida**[982]**, pela manutenção da natureza de crime militar para esses delitos, o que torna a indagação *supra* profundamente relevante.

Entende-se, em resposta à indagação formulada e aceitando a premissa de o crime doloso contra a vida ainda se tratar de delito militar, que não há possibilidade de trasladar as duas causas de interrupção em comento para o Direito Penal Militar, porquanto, mais uma vez, estar-se-ía inovando em marcos interruptivos de prescrição da pretensão punitiva, operando por analogia *in malam partem*.

Assim, no julgamento pelo Tribunal do Júri, seja ele implantado na Justiça Comum, seja na Justiça Militar Estadual, tão somente será possível utilizar subsidiariamente as normas procedimentais do Código de Processo Penal comum diante da omissão da lei processual penal militar, não podendo tal aplicação significar inovação no direito subjetivo do acusado em não ter a prescrição da pretensão punitiva do crime militar que praticou interrompida, por ausência expressa da lei penal militar substantiva.

11.2.4.3. Disposições específicas sobre a interrupção da prescrição da pretensão punitiva

A exemplo do que ocorre com os §§ 1º e 2º do art. 117 do CP – para alguns até revogados, a exemplo do que sustenta Cezar Roberto Bitencourt**[983]** –, a interrupção produz efeito relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, a interrupção relativa a qualquer deles estende-se aos demais (§ 6º do art. 125 do CPM).

Trata-se da comunicabilidade das causas interruptivas, como aduz Guilherme Nucci**[984]**. Por exemplo, tome-se a prática de um delito de furto que

tem como crime conexo uma receptação. O recebimento da denúncia importará em interrupção para os dois crimes e em relação a todos os autores.

A propósito da visão desse mesmo autor, entende-se importante destacar sua anotação acerca do aditamento da denúncia. Ainda que postule não ser o entendimento ideal, sustenta que o recebimento do aditamento importará em marco interruptivo, que produzirá efeito para todos os crimes, mesmo àqueles que já constavam da primeira peça de denúncia, e em relação a todos os autores, também em relação àqueles que constavam na peça exordial[985].

Essa também é a visão aceita na interpretação do § 6º do art. 125 do CPM, já que o recebimento da denúncia coincide com a instauração do processo penal militar.

11.2.5. Espécies de prescrição da pretensão punitiva

No início desta argumentação foram indicadas as duas principais espécies de prescrição: a prescrição da pretensão punitiva e a da pretensão executória. A primeira espécie se subdivide em prescrição em abstrato e em concreto, de acordo com o momento de sua aferição.

Mas as ramificações não param nesse ponto. Quanto à prescrição *in concreto*, da pretensão punitiva, tem-se a prescrição retroativa e a prescrição intercorrente. Há ainda, uma terceira forma de prescrição da pretensão punitiva, não com base na pena aplicada, e sim com base na **possível** pena a ser **aplicada futuramente**, representando uma prescrição futura, chamada prescrição vir-tual (ou antecipada).

11.2.5.1. Prescrição retroativa da pretensão punitiva, com base na pena em concreto

Entende-se por prescrição retroativa da pretensão punitiva aquela reconhecida, já com a definição de uma pena em concreto, sem que, em primeiro aporte, possa a acusação recorrer ou depois de desprovido seu recurso, em períodos anteriores ao da data da primeira sentença condenatória. Há, em outras palavras, o trânsito em julgado para a acusação.

Em determinadas situações, em segundo aporte, mesmo com o aumento da condenação em função de recurso da acusação, desde que não tenha importado em aumento do prazo prescricional, pode ser reconhecida a prescrição retroativa**[986]**. Essa possibilidade, ainda que a literalidade, por exemplo, do § 1º do art. 110 do CP não evidencie, porquanto menciona a necessidade de que haja o "trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso", existe em razão de ser a prescrição matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida a qualquer tempo, de ofício ou por provocação das partes, conforme já dito acima. Essa possibilidade também é vislumbrada por Mirabete:

"Conforme a lei, não ocorre a prescrição intercorrente ou retroativa se o recurso da acusação for provido. Tem prevalecido a tese de que esse obstáculo ao reconhecimento da prescrição só ocorre se, provido o recurso, a pena foi aumentada de modo que o prazo prescricional com base na pena aplicada tenha-se alterado com esse provimento, mas não quando, apesar do aumento da pena, permanece ela na mesma faixa estabelecida pelo art. 109. (...). Dependendo o reconhecimento da prescrição do provimento ou não do recurso da acusação que visa aumento de pena, é impossível seu exame enquanto não for realizado o julgamento do apelo"**[987]**.

Como requisito essencial ao reconhecimento da prescrição retroativa, exige-se, então, a impossibilidade de recurso pela acusação, seu improvimento ou provimento sem importar em dilatação do prazo prescricional, não se referindo às possibilidades recursais da defesa, porquanto, ainda que haja recurso defensivo, não podendo mais a acusação interferir no cômputo da prescrição, o juízo *ad quem* poderá, no máximo, manter a situação já esboçada, em observância à vedação da *reformatio in pejus*.

Como dito, verifica-se antes da data da sentença, portanto, **poderia** ocorrer entre a data da consumação do delito e a do recebimento da denúncia ou da queixa, ou entre esta e a data da sentença. Entretanto, com a nova redação do § 1º do art. 110 do CP, trazida pela Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, a "prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, *não*

podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa", ou seja, na atual compreensão do Código Penal comum, não ocorre mais a prescrição retroativa, tendo-se como computado o tempo anterior à denúncia ou queixa. Assim, na fase pré-processual, no curso de um inquérito policial, por exemplo, a prescrição da pretensão punitiva será regulada somente pela pena em abstrato, não havendo mais a possibilidade de *a posteriori* ser reconhecida uma prescrição retroativa com base na pena em concreto.

Essa nova realidade, todavia, não alcançou o Código Penal Militar – nem mesmo por analogia, pois que tratar-se-ia de *analogia in malam partem* –, de sorte que ainda nos será útil estudar a antiga realidade do CP, ou seja, admitindo a prescrição retroativa mesmo antes da denúncia ou queixa, escudando-nos na doutrina penal comum, antes da Lei n. 12.234/2010, aproveitando, nesse sentido, o exemplo de César Dario Mariano:

"Paulo é condenado à pena de um ano de reclusão e a sentença transita em julgado para a acusação, o que impede o aumento da pena concretizada. Verifica-se que da data do recebimento da denúncia até a data de publicação da sentença condenatória decorreram mais de quatro anos. Assim, nos termos do inciso V do art. 109 do Código Penal, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa. No mesmo exemplo, se da data de consumação do delito até a data do recebimento houvessem passado quatro anos, igualmente teria ocorrido a prescrição retroativa"**[988]**.

A concepção da prescrição retroativa no Direito Penal comum, como acima exposta, era fruto de previsão expressa dos §§ 1º e 2º do art. 110, que, antes da Lei n. 12.234/2010, assim dispunham:

"§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa".

Não é diversa a compreensão do Direito Penal Militar, que não foi

alterado pela novel lei supracitada. Dispõe o § 1º do art. 125 que, "sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente".

Portanto, no Direito Penal Castrense também se reconhece a prescrição retroativa da pretensão punitiva, com fundamento no prazo calculado sobre a pena aplicada, se esse prazo decorreu entre a data da consumação do delito e a do recebimento da denúncia (como ocorria no Direito Penal comum) – quando efetivamente se instaura o processo penal, portanto, causa de interrupção da prescrição, ou entre esta e a data da sentença condenatória – outra causa de interrupção.

Jorge César de Assis, com peculiar perspicácia, nota uma considerável diferença entre o texto da lei penal comum e o da militar, postulando que a lei penal comum não indica, explícita ou implicitamente, necessidade de o réu apelar, verificando-se, por outro lado, essa condição na lei penal militar, conforme expressamente consigna o § 1º do art. 125**[989]**. Com base nessa distinção, sustenta-se que a apelação do réu é requisito obrigatório para o reconhecimento da prescrição retroativa.

Não é essa a melhor compreensão para o tema, com o devido respeito à posição contrária, entendendo-se que os dois dispositivos – da lei penal comum e da lei penal militar – se equivalem, sendo impossível negar o reconhecimento da prescrição retroativa, por exemplo, em face de recurso único da acusação que não altere o prazo prescricional, como acima aduziu César Dario Mariano. Reforce-se, mais uma vez, que, à luz da literalidade do Código Penal comum, também não seria possível o reconhecimento da prescrição retroativa, porquanto não haveria o trânsito em julgado para a acusação nem improvimento do seu recurso, conforme exige literalmente o § 1º do art. 110 do CP. Ademais, no Direito Penal Militar, essa construção é possível em uma interpretação sistemática, tomando por base não só a previsão do art. 125, § 1º, do CPM, mas também o art. 133 do mesmo diploma ("A prescrição, embora não alegada, deve ser declarada de ofício").

Tome-se, para melhor compreensão da prescrição retroativa, o seguinte exemplo: em um crime militar de furto (art. 240 do CPM), cuja pena cominada em abstrato é de reclusão de um a seis anos (pena mínima fixada de acordo com o art. 58 do CPM, já que o preceito secundário do art. 240 mão menciona a pena mínima), consumado em 13 de setembro de 2000, em 12 de setembro de 2012 (12 anos após, conforme o art. 125, IV, do CPM), estará prescrito o crime; contudo, havendo recebimento da denúncia, por exemplo, em 2 de abril de 2005, com a causa interruptiva do recebimento da denúncia inaugura-se novo prazo prescricional, ainda tomando por base a pena em abstrato, alcançando-se a prescrição em 1º de abril de 2017; havendo, no entanto, a sessão de julgamento em 11 de dezembro de 2006, sendo aplicada a pena mínima de um ano de reclusão, com a ocorrência do trânsito em julgado para a acusação, a prescrição da pretensão punitiva deverá tomar por base a pena em concreto, ou seja, o prazo prescricional será de quatro anos, conforme o art. 125, VI, do CPM, devendo-se reconhecer a prescrição retroativa tomando por base a data de consumação do crime e a do recebimento da denúncia; na mesma linha, se o recebimento da denúncia fosse em 2 de abril de 2001, estendendo-se o processo de sorte que a condenação de primeiro grau à pena de um ano de reclusão somente viesse em 11 de dezembro de 2007, sendo essa a data de sua publicação, haveria a prescrição retroativa entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença, com base na pena *in concreto*.

Admitindo a prescrição retroativa no plano jurisprudencial, veja-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo:

"Policial militar não observando as cautelas necessárias dá ensejo a disparo de arma de fogo causando ferimento na vítima, constatado por meio de exame de corpo de delito. Diminuição da pena em razão da denúncia não especificar as normas técnicas, não observadas pelo apelante. Entretanto, extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa, ao tempo decorrido entre a data da denúncia e a sessão de leitura e publicação da sentença" (TJMSP, Ap. Crim. 5.600/06, rel. Cel. PM Fernando Pereira, j. 30-1-2007).

Ainda admitindo essa possibilidade, o Superior Tribunal Militar:

"RECURSO CRIMINAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RETROATIVA. DATA DO FATO.

1. Recorrente condenado, de forma definitiva, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, pela prática de crime contra o sistema previdenciário militar.

2. Consumação do delito mais de 4 (quatro) anos antes do recebimento da denúncia, primeira causa legal de interrupção do curso prescricional.

3. Extinção da punibilidade reconhecida pelo juízo recorrido, pelo advento da prescrição. A lei penal militar admite o reconhecimento da prescrição por termo inicial anterior ao recebimento da denúncia. Precedentes.

4. Recurso improvido. Decisão unânime" (STM, RCrim 2005.01.007250-6/PE, rel. Min. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, j. 17-11-2005).

Para o procedimento de julgamento dos crimes comuns pelo Tribunal do Júri, bifásico, a prescrição retroativa pode ainda ocorrer tomando por base a sentença de pronúncia e a confirmação dessa sentença. Assim, poderia haver prescrição retroativa entre a data de consumação do delito e o recebimento da denúncia, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença de pronúncia, entre a publicação da sentença de pronúncia e a sessão de julgamento que a confirma e entre a publicação da sentença de pronúncia ou da sessão de julgamento que a confirma e a data da publicação da sentença condenatória recorrível. Com a nova redação do § 1º do art. 110 do CP, apenas a primeira possibilidade de prescrição retroativa tornou-se inviável.

Já no caso dos crimes militares dolosos contra a vida de civis, ainda que se aplique o procedimento do Tribunal do Júri, como já sustentado, entende-se não ser possível aceitar seus marcos interruptivos próprios (sentença de pronúncia e confirmação dessa sentença) no Direito Penal Militar, por não haver expressa previsão no CPM.

11.2.5.2. Prescrição intercorrente da pretensão punitiva, com base na pena em concreto

Ainda no estudo da prescrição da pretensão punitiva com base na pena *in concreto*, deve-se avaliar a chamada prescrição intercorrente ou superveniente.

No Código Penal comum, arrima essa prescrição o disposto no § 1º do art. 110, possibilitando que, após a data da publicação da sentença condenatória, tomando por base a pena aplicada concretamente ao caso e desde que não seja possível que, por recurso da acusação, o prazo prescricional se dilate, seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva.

Sobre essa espécie de prescrição, com agudeza, Mirabete sustenta que:

"De acordo com o § 1º do art. 110, que teve origem remota na Súmula 146 do STF, aplicada pena privativa de liberdade e não havendo recurso da acusação, o prazo da prescrição passa a ser estabelecido de acordo com a sanção imposta e não mais com fundamento no máximo da pena cominada ao crime. Pelo dispositivo, tal ocorre se, mesmo havendo recurso da acusação, for ele improvido. Assim, decorrido o prazo estabelecido e não tendo trânsito em julgado para a defesa, ocorre a prescrição da pretensão punitiva. (...). A partir da data de publicação da sentença começa a correr o prazo da prescrição intercorrente, que só não se concretizará se, antes de decorrido, a sentença transitar em julgado para a defesa. Em resumo, embora a disposição esteja em parágrafos do art. 110, que trata da prescrição depois de transitar em julgado a sentença final condenatória, essa prescrição refere-se à prescrição da pretensão punitiva, apagando todos os efeitos da prática do crime. É isso que revela, aliás, a exceção referida no art. 109, *caput*, do CP"**[990]**.

Adicione-se aqui também a possibilidade de haver reconhecimento da prescrição retroativa mesmo havendo recurso da acusação, se o seu provimento importar em majoração da pena que não signifique aumento do prazo prescricional. Nesse sentido, César Dario Mariano: "Observamos que no caso de provimento de recurso da acusação, que não importe no aumento do lapso prescricional, essa modalidade de prescrição poderá ser reconhecida"**[991]**. Mais uma vez deve ser lembrado que, por se tratar a prescrição de matéria de ordem pública, a interpretação acerca de sua ocorrência não pode conter amarras estritas, já que pode ser reconhecida de ofício ou por provocação das

partes, em qualquer fase da persecução criminal.

De notar que o § 1º do art. 110 do CP, mesmo com a nova redação, menciona a expressão "depois da sentença condenatória", levando ao entendimento de que a prescrição pode ocorrer entre a publicação da sentença de primeiro grau e a sessão de julgamento do recurso impetrado. Em simples comparação com o CPM, no § 1º do art. 125, não seria possível a prescrição intercorrente, já que o dispositivo não é fracionado como no Código Penal comum, que primeiro trata da prescrição após a sentença, de forma genérica – portanto podendo ocorrer entre a data de publicação desta e a decisão de segundo grau – e, em segundo momento, da possibilidade de tomar por marco prescricional o recebimento da denúncia ou queixa, referindo-se à prescrição retroativa.

Todavia, mais uma vez compreendendo a natureza jurídica da prescrição, a interpretação deve ser no sentido de admissão da prescrição da pretensão punitiva intercorrente no Direito Penal Militar, ainda que aqui se aplique a analogia, agora, sim, *in bonam partem*.

A admissão da prescrição intercorrente no Direito Penal Militar é tranquilamente aceita no plano doutrinário, como o faz, por exemplo, Jorge César de Assis**[992]**.

No plano jurisprudencial, da mesma forma, parece não haver resistência à prescrição retroativa no Direito Penal Militar.

Veja-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES A TÍTULO EXCEPCIONAL. RELATOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR. PRESCRIÇÃO SOB A MODALIDADE RETROATIVA E INTERCORRENTE. DENEGAÇÃO. 1. Alegação de suposta nulidade do julgamento e acolhimento dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público contra acórdão que havia pronunciado a prescrição da pretensão punitiva. 2. Três foram as teses apresentadas: a) nulidade do acórdão por reforma do julgado em grau de embargos de declaração; b) nulidade do acórdão devido à circunstância de não

haver sido designado outro relator – diverso daquele que funcionou na apelação – para julgamento dos embargos de declaração; c) ocorrência da prescrição da pretensão punitiva relativamente ao crime previsto no art. 311 do Código Penal Militar. 3. A possibilidade de interposição de embargos de declaração com efeitos infringentes é admitida amplamente na jurisprudência brasileira desde que os efeitos modificativos decorram de omissão, obscuridade ou contradição verificada no julgado embargado. 4. No julgamento dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Militar, o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo reconheceu a omissão do acórdão referente ao julgamento dos primeiros embargos de declaração, eis que a Corte havia desconsiderado a causa interruptiva do prazo prescricional representada pela sentença condenatória. 5. A regra é a da competência do mesmo relator da apelação para os embargos de declaração, notadamente diante da natureza de tal recurso no sentido de sanar eventual contradição, omissão ou aclarar possível contradição. Não há sentido que outro julgador venha a ser sorteado para relatar embargos declaratórios opostos contra julgado em que se indica a ocorrência de omissão, obscuridade ou contradição. 6. O art. 540, § 1º, do Código de Processo Penal Militar contém regra que se refere ao recurso de embargos infringentes, e não ao recurso de embargos de declaração e, consequentemente, não houve contrariedade no íter dos embargos de declaração, havido no âmbito do Tribunal de Justiça Militar. 7. A prescrição retroativa e a prescrição intercorrente pressupõem que o cálculo seja feito pela pena *in concreto*, com o trânsito em julgado para o Ministério Público (ou, eventualmente, desprovimento do recurso de apelação da acusação), o que não ocorreu no caso em tela. 8. *Habeas corpus* denegado" (STF, HC 86.139/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 2-9-2008).

Também assume a mesma postura o Superior Tribunal de Justiça:

"CRIMINAL. HC. CRIME MILITAR. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO EM PRELIMINAR. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO. ORDEM PREJUDICADA.

I. Transcorridos mais de 02 anos desde a decisão condenatória até a presente data, declara-se extinta a punibilidade do réu, em face da prescrição intercorrente, prejudicado o exame do mérito do recurso, nos termos do art. 125,

inc. VII do CPM.

II. Ordem concedida, de ofício, para declarar a extinção da punibilidade do paciente" (STJ, HC 17.370/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, j. 16-3-2004).

Finalmente, no Superior Tribunal Militar, não é outra a compreensão:

"APELAÇÃO. ESTELIONATO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO. REJEIÇÃO.

Não encontra amparo legal o pedido de nulidade do processo, uma vez que eventuais irregularidades existentes no IPM não alcançam a fase processual.

Preliminar que se rejeita. Unânime.

No mérito, pratica o crime de estelionato o militar que declara à Administração residir em endereços onde, na realidade, nunca esteve, obtendo, em consequência, auxílio-transporte de valor superior ao que faria jus.

O dolo é induvidoso. Após declarações falsas e silêncio prolongado, malicioso e intencional, o militar obteve vantagem patrimonial indevida por aproximadamente quinze meses.

A devolução do numerário percebido ilicitamente não descaracteriza o delito.

A conduta foi típica, antijurídica e culpável, não podendo prosperar os argumentos absolutórios de primeira instância.

Recurso ministerial provido para, por maioria, condenar o Apelado como incurso no art. 251, § 3º, c/c os arts. 253, 240, §§ 1º e 2º, e 59, todos do CPM, com o benefício do *sursis*. E, de ofício, à unanimidade, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva na forma intercorrente em razão do decurso de lapso superior a dois anos entre o recebimento da denúncia e a data do presente julgamento" (STM, Ap. 2007.01.050640-3/RS, rel. Min. Rayder Alencar da Silveira, j. 18-3-2009).

Frise-se que no julgado acima o apelante foi o Ministério Público Militar, em face da decisão absolutória de primeira instância, ou seja, não havia

o recurso defensivo nos estritos termos do § 1º do art. 125, e, mesmo assim, acertadamente, o Superior Tribunal Militar reconheceu a prescrição retroativa.

11.2.5.3. Prescrição virtual da pretensão punitiva, com base na possível aplicação de uma pena em concreto

Por fim, como espécie de prescrição da pretensão punitiva, não com base na pena concretizada, mas considerando uma pena que possivelmente será aplicada, tem-se a prescrição virtual ou antecipada.

Questiona-se a utilidade do desencadeamento de um processo, penoso, muitas vezes interminável, se, pelas condições verificadas no caso concreto, fosse possível concluir que a pena máxima que o acusado sofreria seria tal que o próprio curso antes do recebimento da denúncia importaria, inexoravelmente, no reconhecimento da prescrição retroativa. Por que dar curso ao processo, por exemplo, se, com a superveniente condenação, será obrigatoriamente reconhecida a prescrição?

Para inaugurar a discussão, tome-se o seguinte exemplo: um militar do Estado, de folga, dolosamente empurra seu comandante de companhia, também de folga, com o simples intuito de agredi-lo tirando satisfação acerca de uma punição sofrida na caserna; do ato, imagine-se, não restaram lesões corporais (nem morte), configurando o delito capitulado no art. 157 do CPM, em sua forma simples; imagine-se, ademais, que não haja nenhuma circunstância agravante ou atenuante dos arts. 70 a 75 do mesmo Código; provavelmente, se houver a denúncia por parte do Ministério Público, a condenação resultante aproximar-se-á, se com ela não coincidir, da pena mínima de três meses de detenção, o que, nos termos do art. 125, VII, do CPM, significará uma prescrição da pretensão punitiva de dois anos; é possível que, da data de consumação do crime até o recebimento da denúncia, passando pela apuração do fato pela polícia judiciária militar, haja o curso prescricional; nessa situação, o processo penal militar terá um percurso que importará em dispêndios que não alcançarão o objetivo da condenação, visto que a prescrição retroativa, ou intercorrente, será reconhecida.

No exemplo acima, buscando uma eficiente solução, discute-se a possibilidade ou não de aceitação de uma prescrição virtual, de sorte que o

próprio Ministério Público pudesse promover o arquivamento do procedimento de polícia judiciária militar sem inaugurar o processo penal militar.

No plano jurisprudencial, há tendência dominante em não aceitar a prescrição virtual, arrimando-se a impossibilidade principalmente na falta de previsão legal. Ademais, sustentam que, permitindo o curso do processo, novas provas podem surgir que possibilitem a classificação da conduta em outro tipo penal, que poderia importar em maior prazo prescricional**[993]**.

Em pesquisa jurisprudencial, essa visão é evidente.

A iniciar pelo Supremo Tribunal Federal, veja-se a seguinte decisão:

"*HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. INADMISSIBILIDADE. ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SÚMULA 696 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HIPÓTESE DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ORDEM DENEGADA. 1. O Supremo Tribunal Federal *tem rechaçado a aplicação do instituto da prescrição antecipada reconhecida antes mesmo do oferecimento da denúncia*. 2. Na hipótese de o juiz discordar da manifestação do Ministério Público que deixa de propor a suspensão condicional do processo, aplica-se, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal. 3. Todavia, em se tratando de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça, v. g., quando houver competência originária dos tribunais, o juiz deve acatar a manifestação do chefe do Ministério Público. 4. Tendo em vista que a suspensão condicional do processo tem natureza de transação processual, não existe direito público subjetivo do paciente à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95. 5. Ordem denegada" (STF, HC 83.458/BA, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18-11-2003).

No Superior Tribunal de Justiça, verifique-se:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ.

AGRAVO IMPROVIDO.

1. *Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal*. Trata-se, ademais, de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada.

2. Agravo regimental improvido" (STJ, Agr. Reg. em Agr. de Instr. 764.670/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18-11-2008).

Ainda no STJ, mais recentemente, tome-se o seguinte acórdão:

"*HABEAS CORPUS*. LESÕES CORPORAIS NO TRÂNSITO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. REPRESENTAÇÃO. CON-DIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE EXAME DA MATÉRIA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

1. É *pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de não ser possível o reconhecimento da prescrição com base em pena virtual,* vale dizer, aquela que supostamente será imposta na sentença em caso de condenação, hipótese não contemplada na legislação de regência.

2. Se nem o magistrado de primeiro grau nem a Corte Estadual examinaram a tese de inexistência de representação das vítimas, postergando sua análise para a ocasião da sentença, não pode este Tribunal apreciar a matéria, sob pena de supressão de instância.

3. A avaliação da existência de manifestação inequívoca de vontade das vítimas no sentido de ver o paciente processado pelos delitos de lesão corporal, e sua tempestividade, não demanda o exame aprofundado das provas, podendo levar à rejeição da denúncia e ao estancamento da ação penal, sendo de rigor que o magistrado de primeiro grau se pronuncie sobre a matéria.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e denegado, concedida a ordem de ofício" (STJ, HC 83.194/RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18-6-2009).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça até sumulou a matéria,

nos seguintes termos:

Súmula 438: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".

Especificamente no Direito Penal Militar, a compreensão não é diversa.

Em sede de *Habeas Corpus* versando sobre matéria penal militar, o STJ decidiu:

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. EXCESSO DE PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. MERA IRREGULARIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. PENA ADMINISTRATIVA JÁ APLICADA. INDE-PENDÊNCIA DAS PENALIDADES ADMINISTRATIVA E PENAL. APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL. INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Eventual descumprimento do prazo para o oferecimento da denúncia não gera qualquer nulidade à peça acusatória, cuidando-se de mera irregularidade, que pode, no máximo, afetar a legalidade da manutenção da custódia cautelar; ademais, a verificação do alegado excesso de prazo deve ser feita de forma global, ou seja, como um todo diante do prazo previsto para a conclusão da instrução criminal e não em relação a cada ato procedimental.

2. O trancamento da Ação Penal por inépcia da denúncia só pode ser acolhido quando sua deficiência impedir a compreensão da acusação e, consequentemente, a defesa do réu, o que não se verifica na hipótese dos autos.

3. No caso dos autos, tal como anotado no parecer ministerial, inexistem pormenores a serem mencionadas, pois a conduta consiste, basicamente, no ato de o Policial Militar, sem autorização, não comparecer ao local designado para prestar serviço.

4. Para a configuração do crime de deserção basta a ausência do

Militar, sem autorização, da unidade em que serve ou do lugar em que deve permanecer pelo prazo superior a 8 dias, não se exigindo a demonstração de especial fim de agir ou do dolo específico de abandonar definitivamente a corporação.

5. As penalidades disciplinar e penal são independentes, pois possuem natureza e fundamentos distintos, uma não interferindo na aplicação da outra.

6. *Conforme entendimento há muito pacificado nesta Corte Superior, na falta de previsão legal, não se há falar em prescrição em perspectiva da pretensão punitiva do Estado*.

7. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial" (STJ, HC 109.313/RN, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 21-10-2008).

A mesma visão se verifica no Superior Tribunal Militar, por exemplo, a decisão no seguinte Recurso Criminal:

"RECURSO CRIMINAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENA IDEAL, A SER CONCRETIZADA EM SENTENÇA FUTURA.

– Inobservância a preceitos constitucionais – Devido processo legal e presunção de inocência. Antecipação da culpabilidade do acusado, sem que se percorram todas as etapas do processo.

– *Ausência de previsão legal da alegada prescrição*. Adoção pelo magistrado de uma suposta pena ideal, sem que tenha havido uma sentença condenatória. Para efeitos de prescrição, considera-se a pena *in concreto*, se operado o trânsito em julgado para o representante do Ministério Público Militar. Adota-se a pena *in abstracto*, se existente recurso exclusivamente do *Parquet* castrense.

– Recurso a que se dá provimento para desconstituir decisão de primeira instância e determinar o prosseguimento do feito.

– Decisão por maioria" (STM, RCrim 2004.01.007166-6/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Marques Soares, j. 28-9-2004).

Mais recentemente, essa mesma Corte decidiu, na Apelação n. 2006.01.050423-0/CE, julgada em 30 de setembro de 2008, sob relatoria do Ministro Antonio Apparício Ignácio Domingues:

"Apelação. Falsa identidade e estelionato. Concurso de admissão à Escola de Sargentos das Armas. Sentença absolutória. Apelo do Ministério Público Militar. Reforma da Sentença, com aplicação extensiva do art. 437 do CPPM. Prescrição retroativa em perspectiva ou por antecipação. Recurso improvido.

1ª Preliminar: *O ordenamento jurídico penal castrense desconhece a prescrição retroativa por antecipação ou em perspectiva, com apoio em pena virtual*. Idêntico é o entendimento do Excelso Pretório. Precedente: RHC 66.913-DF (RTJ 135/590) (RHC 76.153-SP, j. 10.02.98, Informativo do STF n. 99). Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

2ª Preliminar: Reforma da Sentença para admitir o *emendatio libelli* por desclassificação do art. 318 para o art. 251, tudo do CPM. O Conselho de Justiça pode dar ao fato, por ocasião da sentença, definição jurídica diversa da que constar na denúncia, em desfavor do acusado, desde que tenha sido apontada nas alegações escritas pelo Órgão Ministerial e dada oportunidade para a Defesa respondê-la. Inteligência do art. 437, alínea *a*, do CPPM. Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

3ª Preliminar: Extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva. Preliminar acolhida. Decisão unânime" (STM, Ap. 2006.01.050423-0/CE, rel. Min. Antonio Apparício Ignácio Domingues, j. 30-9-2008).

Finalmente, no plano estadual, no sentido de não admitir a prescrição virtual, tome-se a seguinte decisão:

"Recurso em Sentido Estrito – Declaração de extinção da punibilidade pelo reconhecimento da *prescrição retroativa antecipada – Inadmissibilidade* – Ausência de previsão legal – Ofensa ao princípio da legalidade – Reforma da decisão recorrida – Determinado regular prosseguimento do feito na instância de

origem.

Conforme preceito assinalado pelo artigo 125, § 1º, do Código Penal Militar, a existência de decisão condenatória é requisito imprescindível para o reconhecimento da prescrição retroativa" (TJMSP, RESE 980/06, rel. Cel. PM Clovis Santinon, j. 17-8-2006).

Por outro giro, é possível garimpar alguns poucos julgados a favor da prescrição virtual, a exemplo de um do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, trazido por Mirabete, nos seguintes termos:

"As disposições dos arts. 41 e 43 do CPP não limitam sob exclusividade o exame da peça introdutória da ação penal. O universo jurídico presente à atividade do juiz em tal momento leva-o ao exame de todos os pressupostos processuais e condições do exercício da ação. E no exame do interesse de agir não se pode arredar a verificação da utilidade do provimento jurisdicional. Se inútil este, ainda que procedente a ação, de se reconhecer a ausência daquele. '*Assim, pode o juiz rejeitar a denúncia arrimado na inutilidade de uma condenação já de antemão alcançada pela prescrição da ação penal, considerada a pena em perspectiva*' (RT 668/290)"**[994]**.

É justamente avaliando as condições da ação que, no plano doutrinário, tem-se aceitado com mais frequência a prescrição virtual, a exemplo do magistério do próprio Mirabete:

"Com fundamento na falta de interesse de agir e para evitar desgaste do prestígio da Justiça Pública, também se tem afirmado que a prescrição referida no art. 110, §§ 1º e 2º, pode ser reconhecida antecipadamente considerada a pena virtual, em perspectiva, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto em que se antevê uma pena que certamente levaria à prescrição"**[995]**.

Embora seja contra a prescrição virtual da pretensão punitiva, por não aceitar o reconhecimento daquilo que ainda não ocorreu, Rogério Greco constata com agudeza que:

"(...) o Promotor de Justiça estará impedido de oferecer a denúncia,

visto que para que se possa dar início à ação penal é preciso que se encontrem presentes todas as condições necessárias ao regular exercício do direito de ação que, como vimos anteriormente, são quatro, quais sejam: a) legitimidade; b) interesse; c) possibilidade jurídica do pedido; e d) justa causa.

Ao estudarmos as referidas condições da ação no capítulo a elas correspondente, dissemos que o interesse de agir se biparte em: interesse-necessidade e interesse-utilidade da medida. Concluímos que para que se possa aplicar a pena haverá sempre necessidade de um procedimento formal em juízo, com todos os controles que lhe são inerentes. Portanto, sempre na jurisdição penal estará preenchida a condição interesse de agir, na modalidade necessidade da medida. Contudo, o interesse-utilidade nem sempre estará presente, como no exemplo por nós citado. Qual seria a utilidade da ação penal, que movimentaria toda a complexa e burocrática máquina judiciária, quando, de antemão, já se tem conhecimento de que ao final da instrução processual, quando o julgador fosse aplicar a pena, a quantidade seria suficiente para que fosse declarada a extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão punitiva estatal? Seria fazer com que todos os envolvidos no processo penal trabalhassem em vão, pois que, desde o início da ação penal, já se saberia que seria impossível a formação do título executivo penal.

(...)

Assim, se a denúncia ainda não foi oferecida, o Ministério Público deve requerer o arquivamento do inquérito policial; se mesmo com essa aferição antecipada o Promotor de Justiça insistir no oferecimento da denúncia, deverá o juiz rejeitá-la, com base no inciso III do art. 43 do Código de Processo Penal; e, por fim, se a ação penal já estiver em curso, e se for verificada que essa condição da ação já não mais se faz presente, o julgador deve extinguir o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil"**[996]**.

Em arremate, surge a observação de César Dario Mariano, alertando que essa modalidade de prescrição é aceita pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que vem mantendo os pedidos de arquivamento de inquéritos policiais com base nesse novo instituto penal**[997]**.

Em conclusão própria deste estudo, entende-se que não há no Direito Penal Militar, substantivo e adjetivo, como fugir à aceitação da prescrição da pretensão punitiva antecipada.

Além dos argumentos muito bem alinhavados por Rogério Greco e Mirabete, calcados nas condições da ação penal, perfeitamente transportáveis para a ação penal militar, deve-se lembrar que a Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe ao universo dos direitos individuais uma nova e ainda não muito bem torneada situação, qual seja, o direito de todos, no âmbito judicial e administrativo, terem assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da CF).

Suportar um processo penal em prazo razoável compreende a ideia de que o processo penal deve "garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões"[998]. Embora não se tenha definido o que seria um prazo razoável de duração para um processo penal militar, parece evidente que estendê-lo, ou mesmo inaugurá-lo, sabendo de sua inutilidade, consiste em ofensa a esse direito fundamental plasmado na Lei Maior.

Por tudo o que se aduziu, entende-se adequada a aceitação da prescrição da pretensão punitiva virtual no Direito Penal Militar.

11.3. Prescrição da pretensão executória

A extinção da punibilidade pela prescrição também pode dar-se após a definição de uma condenação da qual não caiba mais recurso da acusação nem da defesa, ou seja, após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Trata-se da prescrição da pretensão executória da pena.

Com efeito, de nada adiantaria prever um prazo limite para que se desenhasse uma condenação, se também não houvesse um limite de prazo para que o cumprimento da pena fosse colocado em marcha.

Por razões evidentes, a prescrição da pretensão executória somente

ocorre tomando-se por base a imposição da pena, ou seja, *in concreto*, e jamais *in abstracto*.

Assim, pode-se, com Guilherme Nucci, definir a prescrição da pretensão executória da pena como "a perda do direito de aplicar efetivamente a pena, tendo em vista a pena em concreto, com trânsito em julgado para as partes, mas com o lapso percorrido entre a data do trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação e o início do cumprimento da pena ou ocorrência da reincidência"**[999]**. No que concerne ao trânsito em julgado apenas para a acusação e à reincidência, a compreensão do Direito Penal Militar, como será visto, é diversa.

No Código Penal comum, essa espécie de prescrição encontra arrimo nos arts. 110, 112 e 113, enquanto no Código Penal Militar a prescrição da pretensão executória é prevista no art. 126, notando-se relevantes diferenças entre as disposições.

11.3.1. Prazos de prescrição da pretensão executória

Assim como no CP, o CPM utiliza os mesmos prazos observados na prescrição da pretensão punitiva para a prescrição da pretensão executória. Dessa maneira, tomando-se a pena disposta na condenação, de forma irrecorrível, deve-se no Código Penal comum atentar para os prazos dos incisos do art. 109, enquanto no Código Penal castrense o parâmetro será o previsto nos incisos do art. 125.

Assim como na prescrição da pretensão punitiva, anote-se que, nos termos do art. 129 do Código Penal Militar, os prazos prescricionais são reduzidos de metade quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 ou maior de 70 anos de idade.

No Código Penal comum, no *caput* do art. 110 há a previsão de que os prazos da prescrição da pretensão executória aumentam de um terço se o condenado é reincidente. Acerca dessa previsão, César Dario Mariano dispõe que se trata do caso em que a agravante genérica, desde que reconhecida na sentença condenatória de um crime posterior, importará no aumento fracionário

estabelecido no artigo, frisando, porém, que esse aumento somente atingirá a prescrição da pretensão executória (não da pretensão punitiva) do delito julgado na sentença em que foi reconhecido, e não daquele que gerou a reincidência**[1000]**, o que parece, embora o autor não indique, evidente lesão ao princípio *ne bis in idem*. Cumpre anotar que, nos termos do art. 63 do CP, é reconhecida a reincidência quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Não há a mesma previsão no Código Penal Militar. O *caput* do art. 126 prevê o aumento de um terço no prazo prescricional da pretensão executória, todavia o faz em relação ao criminoso habitual ou por tendência.

De acordo com o § 2º do art. 78 do CPM, presume-se criminoso habitual aquele que reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena (alínea *a*). Também se presume a habitualidade para aquele que, embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes dolosos da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes.

O § 3º do mesmo artigo do CPM traz o conceito de criminoso por tendência, definindo-o como aquele que comete homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, e, pelos motivos determinantes e meios ou modo de execução, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez.

Acerca dos dispositivos que tratam do criminoso habitual ou por tendência, Jorge César de Assis, com muito acerto, dispõe que, cópia fiel do natimorto CP comum de 1969, “o art. 78 é único no direito penal positivo brasileiro. Conforme Jorge Alberto Romeiro (1994:187), nem há notícias de sua aplicação, em qualquer época, pela justiça castrense, consistindo, assim, letra morta no CPM, pela *desuetudo*”**[1001]**.

Com efeito, não se pode aceitar a figura do criminoso habitual, como ocorre na pena indeterminada do art. 78 do CPM e na majoração de um terço do prazo da prescrição da pretensão executória da pena, como aduz o *caput* do art. 126 do mesmo diploma.

No caso da pena indeterminada, a vedação constitucional é muito evidente, porquanto a letra *b* do inciso XLVII do art. 5º da Lei Maior veda a pena de caráter perpétuo, no que se assemelha a pena indeterminada. Bem verdade que o parágrafo único desse artigo limita a pena a dez anos, mas, ainda assim, há lesão também ao princípio da culpabilidade, que, em uma de suas acepções, indica a necessidade de uma pena determinada, que represente o exato grau de reprovação de acordo com a conduta do autor do fato criminoso.

Também não se pode aceitar a majoração do prazo prescricional do criminoso habitual ou por tendência porquanto, toma-se esse pressuposto para trazer um gravame afeto ao Direito Penal Militar substantivo, lesando princípios de elevada grandeza ao Estado Democrático de Direito.

Em primeiro lugar, o dispositivo que define o criminoso habitual como aquele que reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena (art. 78, § 2º, *a*, do CPM), lesa inequivocamente o princípio *ne bis in idem*, já consagrado e arrimado no Direito Penal Militar à luz da nova ordem constitucional. Em outras palavras, se a concepção da própria reincidência já gera a repugnância de alguns – por significar um gravame em fato posterior resultante de um fato anterior já punido –, o que se pode dizer da figura do criminoso habitual aqui descrita, que importa em terceira consequência originada por um fato já reprimido? Obviamente que deve ser rechaçada essa compreensão.

Mais absurda ainda a previsão de rotulação como criminoso habitual, gerando o aumento do prazo prescricional, para aquele que, embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes dolosos da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, demonstrando, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais

crimes (art. 78, § 2º, *a*, do CPM), por evidente lesão ao princípio de não culpabilidade, expresso no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Ora, se "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", como entender que o autor, *sem condenação anterior*, tenha cometido os crimes sucessivos? Outra previsão inaceitável.

Por fim, também deve ser afastada a figura do criminoso por tendência do § 3º do art. 78, por representar consequência de um gravame já aferido pelo Direito Penal Militar em outro momento da reprovação do delito. A torpeza, perversão ou malvadez já configuram qualificadoras do homicídio (§ 2º do art. 205 do CPM) e significam circunstâncias agravantes na lesão corporal (inciso II do art. 70 do CPM), não podendo sofrer dupla reprovação, por também violar a regra *ne bis in idem*.

Em conclusão, portanto, o prazo da prescrição da pretensão executória não pode ser majorado em um terço. Em relação ao reincidente, não pode por não existir expressa previsão legal. Em relação ao criminoso habitual ou por tendência, a majoração deve ser afastada por não aceitação pacífica dessas figuras para que haja um gravame no plano do Direito Penal Militar substantivo.

No contexto da definição do prazo prescricional, muito interessante a observação trazida por César Dario Mariano acerca de sentenças que impõem medidas de segurança:

"Tratando-se de sentença absolutória imprópria que impõe medida de segurança ao inimputável, o prazo prescricional deverá ser regulado pela pena máxima em abstrato cominada para o delito imputado. Isso porque essa modalidade de sentença não é condenatória e, por conseguinte, não impõe quantidade de pena, mas medida de segurança que pode ter prazo indeterminado, não havendo, portanto, parâmetro a ser seguido. Por outro lado, há decisões entendendo que a prescrição, nessa situação, deverá ser regulada pela pena mínima abstratamente cominada para o delito, já que é mais benéfica para o réu.

Transitada em julgado sentença que impõe medida de segurança ao semi-imputável, a prescrição da pretensão executória será regulada com base na

pena privativa de liberdade substituída, uma vez que se trata de sentença condenatória”**[1002]**.

As lições acima podem muito bem ser trasladadas para o Direito Penal Militar, ao menos no que se reporta à medida de segurança pessoal detentiva, sendo mais adequada, ademais, a visão de que se tome o prazo prescricional da pena mínima em abstrato, no caso de sentença absolutória imprópria.

Deve-se, neste ponto, retomar a discussão acerca da imprescritibilidade da execução das penas acessórias.

Como já referido acima, o Poder Constituinte originário definiu apenas dois crimes como imprescritíveis: racismo (art. 5º, XLII) e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV), não podendo o legislador ordinário ampliar a imprescritibilidade, sob pena do vício da inconstitucionalidade.

Malgrado essa realidade, o Código Penal Militar, no art. 130, consagrou a imprescritibilidade da execução das penas acessórias, o que constitui dispositivo não recepcionado pela Lei Maior. Como exemplo de pena acessória, veja-se a exclusão das Forças Armadas, aplicada, nos termos do art. 102 do CPM, à praça condenada a pena privativa de liberdade superior a dois anos.

No que concerne às leis anteriores à atual Constituição Federal, como se sabe, devem elas passar pelo crivo da recepção, tomando-se por base também os dispositivos constitucionais indicados. Nesse contexto, é inequívoco que o art. 130 do CPM não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, por tornar imprescritíveis delitos aos quais a Carta Maior não confere essa característica.

Existem argumentos em sentido oposto, principalmente calcados no raciocínio de que o art. 130 do CPM se refere à pena acessória, e não ao crime, o que significaria a constitucionalidade desse dispositivo. Ora, se a pena é uma consequência do delito, entender que uma pena, ainda que acessória, pode ser aplicada a determinado crime sem ser alcançada pela prescrição, é admitir que esse crime é imprescritível, ferindo o espírito constitucional.

Entende-se, pois, que as penas acessórias também devem seguir a equivalência prescricional da pena principal aplicada, sendo importante ressaltar

que esta é condição de existência daquela. Em suma, uma vez prescrita a pena principal, também estará prescrita a pena acessória.

O § 2º do art. 126 do CPM dispõe que, no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento ou de desinternação condicionais, a prescrição da pretensão executória regular-se-á pelo restante tempo da execução. Em relação àquele que se evade ou que tem o livramento condicional revogado, é possível verificar qual o *quantum* da pena que resta a ser cumprido, devendo-se comparar esse *quantum* com os incisos do art. 125 do CPM para a definição de um novo prazo prescricional.

Desastrosa, no entanto, a redação do dispositivo, em sua parte final, ao se referir a restante de pena no caso de desinternação condicional. Pressupõe a norma que existe restante de execução de pena para alguém que, submetido a medida de segurança detentiva, alcança a desinternação condicional, prevista no § 3º do art. 112 do CPM, que se refere ao agente inimputável. Ora, como visto nas lições de César Dario Mariano, não se pode falar em execução de pena no caso de sentença absolutória imprópria, não podendo existir, por conseguinte, "restante tempo" da execução. Essa também a visão abalizada de Jorge César de Assis**[1003]** e de Jorge Alberto Romeiro**[1004]**.

Finalmente, um último ponto afeto à aferição do prazo prescricional da pretensão executória deve ser discutido, qual seja, a possibilidade de a detração, prevista no art. 67 do CPM, influenciar na definição desse prazo. Analise-se, para melhor compreensão, o exemplo de Guilherme Nucci:

"(...) Seria o seguinte: se o réu foi condenado a 1 ano e 6 meses – cujo prazo prescricional é de 4 anos –, tendo sido preso provisoriamente por 8 meses, restaram 10 meses de prisão – cujo prazo prescricional é de 2 anos. Portanto, se o réu fugir antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, deve ser preso em, no máximo, 2 anos. Após, estará prescrita a pretensão executória do Estado.

Uma segunda posição – a mais correta, em nosso entender – defende a impossibilidade de confundir institutos diversos. A detração, prevista no art. 42, serve apenas para descontar na pena definitiva o prazo de prisão provisória, enquanto a prescrição tem outra finalidade. (...). Utilizando o mesmo exemplo

supracitado, se foi o réu condenado a 1 ano e 6 meses, apesar de ter sido preso por 8 meses, o prazo prescricional é de 4 anos, já que a detração não vai influenciar no cálculo da prescrição”**[1005]**.

Parece acertada a posição de Guilherme Nucci no que se refere ao cômputo da prescrição executória com base na pena fixada na sentença condenatória transitada em julgado, servindo o exemplo por ele trazido como clara evidência de que a natureza jurídica da detração não se confunde com a da prescrição, não podendo, para definir o prazo prescricional, ser descontado da pena o tempo de prisão provisória.

Também assiste razão ao autor no caso de cômputo do prazo prescricional executório após a revogação da suspensão condicional da pena (*sursis*), que se configura em um dos termos iniciais da prescrição, como será abordado adiante. A essa conclusão se pode chegar até por uma análise sistemática dos dispositivos afetos à prescrição executória. Note-se que, como já mencionado, o § 2º do art. 126 do CPM dispõe que “no caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento ou desinternação condicionais, a prescrição se regula pelo restante tempo da execução”. Embora tenha a lei se equivocado ao dispor sobre restante de execução no caso de desinternação condicional, foi muito clara ao determinar o cômputo do prazo da prescrição executória pelo restante de execução apenas no caso de revogação do livramento condicional, e não de revogação do *sursis*, porquanto, neste caso, a pena ainda não teve o início de seu cumprimento, já que sua execução foi condicionalmente suspensa, de sorte que o cômputo do prazo prescricional no caso de revogação do *sursis* se dará com base na pena integral da condenação, sem a detração.

Tomando o mesmo exemplo trazido por Guilherme Nucci, em uma condenação à pena privativa de liberdade de um ano e seis meses, em que se obteve o *sursis* (pressupondo-se, então, comparecimento à audiência admonitória e aceitação das condições impostas), a revogação do benefício significará termo inicial da prescrição da pretensão executória, e o cálculo do prazo dessa prescrição será dado pelo *quantum* total de condenação, sem o desconto dos oito meses de prisão provisória, portanto, a prescrição da pretensão executória se dará em quatro anos, nos termos do inciso VI do art. 125 do CPM.

Todavia, analisando o mesmo dispositivo (§ 2º do art. 126 do CPM), nos casos de evasão durante o cumprimento da pena e de decisão de revogação do livramento condicional, a detração, por comando legal, deverá surtir efeito, já que o cálculo se dará pelo "restante tempo da execução".

No caso da revogação do livramento condicional, parece inevitável que a detração irá influenciar, ainda que indiretamente, no cômputo da prescrição. No cálculo do tempo de cumprimento de pena, obviamente, haverá a detração da prisão provisória, de modo que o liberado, ao obter o benefício, já terá a seu favor o tempo passado em prisão provisória, antes do trânsito em julgado da sentença. Exemplificativamente, imagine-se que um militar condenado definitivamente a uma pena de reclusão de quatro anos, já tendo passado oito meses em prisão provisória, obtenha o livramento condicional, nos termos da letra *a* do inciso I do art. 89 do CPM, preenchendo os demais requisitos. Naturalmente, para o cômputo da metade da pena precedente ao livramento, será computado o tempo de prisão provisória, de sorte que o condenado, para obter o livramento condicional, deverá apenas cumprir mais um ano e quatro meses de pena. Após um ano e dois meses em livramento condicional, o liberado tem o benefício revogado – marco inicial da prescrição da pretensão executória – em razão de condenação irrecorrível por outro crime, praticado antes da concessão do benefício, valendo dizer que o tempo passado em livramento condicional será computado para o cumprimento da pena, nos termos do art. 94 c/c o inciso I do art. 93 do Código Penal Militar. Nesse caso, resta ao condenado apenas dez meses dos quatro anos de condenação a serem cumpridos ("restante tempo da execução"), sendo este o *quantum* a ser considerado para definir o prazo para a prescrição da pretensão executória, que, portanto, dar-se-á em dois anos, na dicção do inciso VII do art. 125 do CPM. Notadamente, em todos esses cálculos, indiretamente o tempo passado em prisão provisória, influenciou no estabelecimento do último prazo prescricional.

O mesmo se deve dizer do cálculo da prescrição da pretensão executória em casos de fuga do condenado, já que nesse cômputo será considerado, conforme o § 2º do art. 126 do CPM, o "restante tempo da execução". *In exemplis*, imagine-se um militar condenado definitivamente a uma pena de reclusão de quatro anos, já tendo passado, também, oito meses em

prisão provisória. Sem que lhe tenha sido concedido livramento condicional, foge do presídio depois de cumprir dois anos e seis meses de pena após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Esse tempo, obviamente, deverá ser somado aos oito meses em prisão provisória, chegando-se à conclusão de que restam ao condenado apenas dez meses dos quatro anos de condenação a serem cumpridos ("restante tempo da execução"), sendo também este o *quantum* a ser considerado para definir o prazo para a prescrição da pretensão executória, que, portanto, dar-se-á em dois anos, nos termos do inciso VII do art. 125 do CPM. Inegavelmente a detração influenciou na definição do prazo da prescrição da pretensão executória.

Em arremate, ressalte-se que, durante a execução da pena referente a uma condenação, ou durante o período de prova do *sursis* ou do livramento condicional, não há curso prescricional da pretensão executória, já que se estará em fase de execução daquela condenação, podendo ser pelo cumprimento da pena, pela sua suspensão condicional ou pelo livramento mediante condições após o cumprimento de um *quantum*.

11.3.2. Termo inicial da prescrição da pretensão executória

O termo inicial da prescrição da pretensão executória está definido no § 1º do art. 126 do CPM, com aproximada disposição no art. 112 do CP, que assim consigna:

"§ 1º Começa a correr a prescrição:

a) do dia em que passa em julgado a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

b) do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena".

No Direito Penal comum, nas exatas letras do inciso I do art. 112, o trânsito em julgado da sentença como marco inicial da prescrição da pretensão executória, refere-se à impossibilidade de recurso para a acusação, não à defesa. Essa previsão, embora, em regra, mais favorável ao condenado, por antecipar o

momento do início do curso da prescrição da pretensão executória, leva a sérias confusões entre prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. Criticando o dispositivo, Guilherme Nucci sustenta:

"(...) O início da prescrição da pretensão executória contra o Estado a partir do momento em que há o trânsito em julgado da decisão somente para a acusação é inconcebível, pois, ainda que se queira, não há viabilidade para a execução da pena, devendo-se aguardar o trânsito em julgado para a defesa. Ora, se não houve desinteresse do Estado, nem inépcia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deveria estar transcorrendo a prescrição da pretensão executória"**[1006]**.

Muito mais adequada é a previsão do Código Penal Militar, já que fixa o termo inicial da prescrição com o trânsito em julgado da decisão condenatória para ambas as partes.

O trânsito em julgado da decisão que revoga a suspensão condicional da pena (*sursis*) e o livramento condicional também são marcos iniciais de contagem da prescrição da pretensão executória.

A revogação do *sursis* pode ser obrigatória ou facultativa. Nos incisos do art. 86 do CPM, são enumeradas as causas de revogação obrigatória da suspensão condicional da pena, a saber: a) condenação do beneficiário por sentença irrecorrível, na Justiça Militar ou na comum, em razão de crime, ou de contravenção reveladora de má índole ou a que tenha sido imposta pena privativa de liberdade; b) não efetuar o beneficiário, sem motivo justificado, a reparação do dano; c) sendo o beneficiário militar, é punido por infração disciplinar considerada grave.

O § 1º do mesmo artigo do CPM dispõe que a suspensão pode ser também revogada se o condenado deixa de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, tornando a revogação do *sursis* facultativa. Como condições a serem cumpridas por força da sentença, costuma-se utilizar as enumeradas nos incisos do art. 614 do CPPM, que, não sendo cumpridas, poderá resultar na revogação do benefício.

Não importa, na disposição da letra *a* do § 1º do art. 126, se houve

revogação por motivação obrigatória ou facultativa, ou seja, revogado o *sursis*, por qualquer razão, inaugura-se o prazo para a prescrição da pretensão executória, com base na condenação total da pena suspensa.

Acerca do marco inicial da prescrição executória pela revogação do *sursis*, um ponto relevante ainda deve ser discutido.

Refere-se aqui ao não curso do *sursis* enquanto não houver a audiência admonitória, importando na impossibilidade de sua revogação. Nesse sentido, muito bem detecta Guilherme Nucci:

"(...) Sabemos que, após a concessão do benefício, feita na sentença condenatória, somente se pode considerar o condenado em gozo do benefício, após a audiência admonitória, prevista no art. 160 da Lei de Execução Penal ('transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal ou do descumprimento das condições impostas'). O prazo fixado para a suspensão condicional da pena somente começa a correr a partir da aceitação das condições impostas e lidas pelo magistrado nessa audiência (art. 158, LEP). Por isso, caso o sentenciado não aceite o benefício, porque é condicionado – ou deixe de comparecer à audiência –, deve o juiz torná-lo *sem efeito*. A revogação somente ocorre se o *sursis* for aceito e, posteriormente, o condenado descumprir as condições. Portanto, caso seja considerado *sem efeito*, o início da prescrição remonta à data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação"**[1007]**.

Frise-se que, como acima destacado, no CPM, à literalidade do dispositivo, deve ocorrer o trânsito em julgado não só para a acusação, mas para ambas as partes.

As lições bem abalizadas de Guilherme Nucci são aplicadas no Direito Penal e no Processual Penal Militar. Caso se considere o procedimento da audiência admonitória uma norma afeta à disciplina da execução da sentença, como parece, deve-se desmembrar o estudo em dois polos, ou seja, no âmbito das Justiças Militares Estaduais e no âmbito da Justiça Militar da União.

No caso das Justiças Militares Estaduais, não há obrigatoriedade de

seguir a execução da pena definida no Código de Processo Penal Militar, exatamente por disposição expressa de seu art. 6º:

"Obedecerão às normas processuais previstas neste Código, no que forem aplicáveis, *salvo* quanto à organização de Justiça, aos recursos e à *execução de sentença, os processos da Justiça Militar Estadual*, nos crimes previstos na Lei Penal Militar a que responderem os oficiais e praças das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares".

Dessa forma, a execução da sentença nas Justiças Militares dos Estados pode obedecer à legislação penal comum, entenda-se a Lei de Execução Penal (LEP), Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Nesse caso, a visão de Guilherme Nucci seria muito adequada, pois seriam utilizados na construção também os arts. 158 e 160 da LEP. Mais ainda, se o Estado-Membro não possuir presídio militar, por expressa previsão do art. 61 do CPM, deverão ser obedecidas as normas do regime de cumprimento do Direito Penal comum.

Assim, para os militares dos Estados condenados por crime militar, não haverá fruição de *sursis* enquanto não houver a audiência admonitória de que trata o art. 160 da LEP, significando dizer que não pode ele ser revogado e sim considerado sem efeito, o que leva o marco inicial da prescrição da pretensão executória para a data do trânsito em julgado da sentença para ambas as partes, nos termos da primeira parte da letra *a* do § 1º do art. 126 do CPM. Essa realidade será observada seja a execução da sentença afeta a um presídio militar, quando seria aplicada a LEP por observância ao art. 6º do CPPM, seja em um presídio comum, quando a lógica do art. 61 do CPM, comanda também a aplicação das regras da Lei de Execução Penal.

No caso da Justiça Militar da União, por não aplicação do art. 6º do CPPM, que se refere às Justiças Militares dos Estados, estar-se-ia obrigado a observar as normas de execução da pena do CPPM, salvo se em presídio comum, pela mesma lógica impulsionada pelo art. 61 do CPM. Frise-se, ademais, que na Justiça Militar da União o sentenciado poderá ser um civil, quando, por previsão do art. 62 do CPM, a pena estaria atrelada a um estabelecimento penal comum, e não a um presídio militar, aplicando-se

também a LEP.

Ocorre que, mesmo aplicando as regras do CPPM para os militares das Forças Armadas condenados por crime militar, estando a execução atrelada a um presídio militar, a lógica consignada por Guilherme Nucci encontra respaldo.

Também pelas regras de execução penal do CPPM, nos termos do art. 610, a suspensão condicional da pena somente tem curso após a audiência admonitória. A não aceitação das condições ou o não comparecimento do condenado nessa audiência (art. 613 do CPPM) importará em considerar a suspensão *sem efeito*, levando o termo inicial da prescrição da pretensão executória para a data do trânsito em julgado da condenação para ambas as partes, já que não poderá haver revogação do que não está em marcha.

Note-se que, ao estudar o *sursis* isoladamente, é comum enumerar as hipóteses dos arts. 612 e 613 do CPPM como causas de revogação obrigatória do *sursis*, o que estritamente não são. De qualquer forma, para os que assim as consideram, deve-se deixar bem claro que essas "revogações" não poderão ter o condão de iniciar a prescrição da pretensão executória da pena.

Em resumo, portanto, para a execução penal na Justiça Militar da União, três situações podem ser verificadas:

a) civil condenado a pena por crime militar: cumprirá pena em presídio comum, ficando sujeito às regras da LEP, aplicando-se-lhe a mesma lógica do exemplo de Guilherme Nucci**[1008]**;

b) militar das Forças Armadas condenado a pena por crime militar, não havendo presídio militar: cumprirá pena em presídio comum, ficando sujeito às regras da LEP, aplicando-se-lhe a mesma lógica do exemplo de Guilherme Nucci;

c) militar das Forças Armadas condenado a pena por crime militar, não havendo presídio militar: cumprirá pena em presídio militar, ficando sujeito às regras da LEP, aplicando-se-lhe a mesma lógica do exemplo de Guilherme Nucci, com as adaptações de artigos do CPPM.

Cumpre agora abordar a decisão de revogação do livramento condicional.

Ainda no dispositivo estudado (alínea *a* do § 1º do art. 126 do CPM), o termo inicial da prescrição da pretensão executória poderá ser o trânsito em julgado da decisão que revoga o livramento condicional.

Na dicção do *caput* do art. 93 do CPM o livramento condicional é revogado obrigatoriamente quando houver condenação definitiva do liberado a pena privativa de liberdade por infração penal cometida durante a vigência do livramento ou antes dessa vigência, observado, no último caso, a ressalva da parte final do inciso II do mesmo artigo.

O § 1º do art. 93 do CPM dispõe, em adição, que o juiz poderá revogar o livramento se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença – aqui há condições que devem ser impostas no art. 614 do CPPM –, é irrecorrivelmente condenado, por motivo de contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade, ou, ainda, se militar, sofre penalidade por transgressão disciplinar considerada grave.

Tanto nos casos de revogação obrigatória, como nos de revogação facultativa, o trânsito em julgado da decisão de revogação significará o marco inicial da prescrição da pretensão executória, devendo-se lembrar que o prazo prescricional, como visto, será calculado com base no restante da pena a ser cumprido, e não mais com base na pena total a que foi condenado o autor do fato.

Finalmente, nos termos da letra *b* do § 1º do art. 126 do CPM, o outro marco inicial da prescrição da pretensão executória é o dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena. Como já mencionado, o cálculo da prescrição, nessa situação, será em função do restante de pena a ser cumprido (art. 126, § 2º, do CPM).

Analisando dispositivo similar do Código Penal comum, o inciso II do art. 112, César Dario Mariano vislumbra duas possibilidades:

"*1.* Se o sentenciado que está cumprindo pena foge do presídio,

abandona o regime aberto ou deixa de cumprir as restrições de direitos, a execução será interrompida e a prescrição da pretensão executória terá novo marco inicial (art. 112, II, primeira parte). Só a partir da continuação do cumprimento da pena (art. 117, V), ou em caso de reincidência (art. 117, VI), é que haverá a interrupção do prazo prescricional. Portanto, não sendo o sentenciado recapturado ou não se apresentando para cumprir a pena, poderá advir a prescrição da pretensão executória, sendo que ela será regulada pelo tempo de pena que resta ao condenado cumprir (art. 113). Lembramos que durante a execução da pena o prazo prescricional da pretensão executória a ela relativa não corre.

2. Excepcionalmente poderá ser interrompida a execução sem que haja o início da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória (art. 112, II, segunda parte). É o que ocorre quando sobrevém ao condenado doença mental e internação em hospital psiquiátrico (art. 41 do CP). Nesse caso, embora interrompida a efetiva execução, não há o início da contagem do prazo da prescrição. Isso porque o sentenciado continua a cumprir uma pena em outro estabelecimento, que será descontada da que lhe resta a cumprir por força da detração penal (art. 42 do CP)"**[1009]**.

Os exemplos acima, prestam-se muito bem à definição do termo inicial da prescrição da pretensão executória no Direito Penal Militar.

Assim, se um militar cumprindo pena fugir do estabelecimento penal, a data da interrupção da execução da pena pela fuga coincidirá com o termo inicial da prescrição em estudo, calculada com base no restante de pena a ser cumprida. Vale lembrar que enquanto estava preso cumprindo a pena, o curso da prescrição da pretensão executória estava suspenso.

No entanto, se essa interrupção no cumprimento da pena ocorrer por doença mental superveniente ao condenado, a pena aplicada poderá ser substituída por medida de segurança detentiva, conforme o art. 113 do CPM, não se configurando a interrupção em marco inicial da prescrição da pretensão executória. Essa internação, em primeiro momento, durará pelo restante da pena a ser cumprida, e será computada para o cumprimento da pena a que o internado foi originariamente condenado (detração, cf. o art. 67 do CPM), podendo,

inclusive, se for curado, voltar ao estabelecimento penal e obter livramento condicional (art. 113, § 1º, do CPM). Porém, se ao final desse período de internação, persistir o mórbido estado psíquico do internado, condicionante de periculosidade atual, a internação passa a ser por tempo indeterminado, aplicando-se o disposto nos §§ 1º a 4º do art. 112 do CPM, que trata da aplicação de medida de segurança ao inimputável.

Por fim, alerte-se que, da mesma forma como ocorre na prescrição da pretensão punitiva, no caso do crime de insubmissão, segundo o art. 131, a prescrição da pretensão executória começa a correr no dia em que o insubmisso atinge a idade de 30 anos.

11.3.3. Causas suspensivas da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória

Como causa suspensiva da prescrição da pretensão executória, expressamente prevista no Código Penal, há apenas a da primeira parte do § 3º do art. 126 do CPM, possuindo igual disposição no parágrafo único do art. 116 do CP.

A prescrição da pretensão executória não correrá, ou seja, estará suspensa, enquanto o condenado estiver preso por outro motivo. Por óbvio, enquanto estiver o condenado preso por motivo diverso daquela condenação já transitada em julgado, não há como dizer que a execução da pena dessa condenação já iniciou – pois a prisão se refere a outro motivo, como diz a lei penal militar –, sendo lógico que, em contrapartida, também não corra o prazo prescricional.

Alerte-se que aqui não se trata de cumprimento de pena no estrangeiro, causa suspensiva da prescrição da pretensão punitiva, mas apenas estar preso no Brasil por outro motivo que não o da condenação em que se afere a prescrição.

11.3.4. Causas interruptivas da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória

Há também na prescrição da pretensão executória, especificamente na segunda parte do § 3º do art. 126 do CPM, causas que interrompem o prazo prescricional, levando essa contagem ao início. São elas o início ou continuação do cumprimento da pena e a reincidência, causas também interruptivas da prescrição executória no Direito Penal comum, por força dos incisos V e VI do art. 117 do CP.

11.3.4.1. Interrupção do prazo prescricional da pretensão punitiva pelo início ou continuação do cumprimento da pena

O início do cumprimento da pena, por disposição expressa na lei penal militar, interrompe a prescrição, ou seja, leva a contagem da prescrição da pretensão executória ao seu início.

Assim, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, inaugura-se o prazo da prescrição da pretensão executória, mas com o ingresso do condenado no estabelecimento de cumprimento da pena, haverá o marco interruptivo, voltando o prazo a zero, e será calculado tomando por base o total da condenação, descartando-se o tempo compreendido entre a data do trânsito em julgado e o ingresso do presídio. Durante o cumprimento da pena, como já consignado, não há falar em fruição da prescrição da pretensão executória, pois a pena está sendo executada.

Da mesma forma, a decisão de revogação do *sursis*, quando irrecorrível, significará marco inicial da prescrição da pretensão executória. Ao ser levado o condenado à prisão, passando a iniciar o cumprimento da pena antes suspensa, haverá interrupção do prazo prescricional da pretensão executória, descartando-se o tempo compreendido entre a data do trânsito em julgado da revogação do *sursis* e o dia do ingresso no estabelecimento penal. Também necessário relembrar que nem no período em que a pena estava condicionalmente suspensa (até a revogação do *sursis*) nem no período em que ela está sendo executada (a partir do início do cumprimento da pena em razão da revogação do *sursis*) há o curso prescricional. Nesse exemplo, os prazos prescricionais ainda são contados com base no total da condenação.

Após a decisão irrecorrível de revogação do livramento condicional,

igualmente, inaugura-se o prazo para a prescrição da pretensão executória, mas, agora, tomar-se-á por base para o cálculo da prescrição o *quantum* restante de pena a ser cumprida. Ao ser o condenado levado à prisão, reiniciando o cumprimento da pena, haverá interrupção do prazo prescricional da pretensão executória, descartando-se o tempo compreendido entre a data do trânsito em julgado da revogação do livramento condicional e o dia do reingresso no estabelecimento penal. Do mesmo modo, necessário relembrar que nem no período de provas do livramento nem no período em que ela está sendo executada, há o curso prescricional. Frise-se que o prazo é interrompido pelo reinício e não passa a fruir, pois o condenado está cumprindo a pena.

Por fim, como última hipótese, após fugir do estabelecimento penal em que cumpria a pena, o condenado interrompe sua execução, marcando o início do prazo prescricional da pretensão executória. Ao ser capturado e continuar cumprindo a pena, terá nesta data um marco interruptivo, significando dizer que a prescrição da pretensão executória voltará ao seu início e não fruirá, já que o condenado estará na execução da pena. A base para o cálculo da prescrição da pretensão executória nesse caso será o restante da pena a ser cumprida.

11.3.4.2. Interrupção do prazo prescricional da pretensão punitiva pela reincidência

Ainda na segunda parte do § 3º do art. 126 do CPM, temos como causa interruptiva da prescrição executória a reincidência.

O conceito de reincidência está no art. 71 do CPM, devendo ser compreendida como a situação em que o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Nessa aferição, não se toma em conta a condenação anterior se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o crime posterior, decorreu período de tempo superior a cinco anos. Não se consideram nessa aferição, ainda, os crimes anistiados.

Para interromper o prazo prescricional da pretensão executória de uma condenação é necessário que uma condenação posterior, por outro crime,

expressamente, reconheça essa circunstância agravante, na forma técnica como reportada no art. 71 do CPM; do contrário, não se operará a interrupção.

Duas são as hipóteses discutidas para se aceitar o momento da interrupção no caso do reconhecimento da reincidência.

Em primeiro lugar, defendem alguns que a interrupção da pretensão executória da pena do primeiro crime se dará na data da prática do segundo crime, ficando condicionada essa interrupção a futura sentença condenatória que, técnica e expressamente, reconheça a circunstância agravante presente no segundo delito julgado**[1010]**.

Por outro lado, entendem alguns que somente se dará a interrupção na data do trânsito em julgado da sentença do segundo crime, desde que, claro, haja o reconhecimento da reincidência.

Embora pareça ser mais acertada a segunda visão, porquanto somente com a sentença condenatória do segundo crime passada em julgado é que haverá, inequivocamente, o reconhecimento da reincidência, entende-se nessa construção que essa causa de interrupção não pode ser aplicada por evidente lesão ao princípio *ne bis in idem*.

Ora, na sentença condenatória do segundo crime, já há uma majoração da pena em função da reincidência, o que já é bastante discutível à luz do princípio suscitado. Que dizer, então, de uma terceira consequência penal, de natureza substancial – deve-se lembrar que a prescrição é um direito público subjetivo do acusado/condenado –, para o mesmo fato?

Parece absurda a aceitação dessa causa de interrupção.

Todavia, para os que aceitam essa causa interruptiva, mais um problema deve ser avaliado.

No Código Penal comum, há crimes que não geram a reincidência, expressamente previstos no inciso II do art. 64 do CP: os crimes propriamente militares e os crimes políticos.

Surge, em face dessa previsão, uma observação essencial. Os crimes propriamente militares, por não gerarem reincidência nos crimes comuns, não

importarão em reconhecimento da interrupção da prescrição da pretensão executória. Mas um crime comum, que gera a reincidência no crime militar, salvo se anistiado, importará em possível interrupção do prazo da prescrição da pretensão executória da pena.

Para esclarecer o acima postulado, tome-se o seguinte exemplo: um militar é condenado por um crime propriamente militar, a exemplo do crime de violência contra superior, com resultado morte, cuja pena cominada é de reclusão de doze a trinta anos (art. 157, § 4º, do CPM); o Conselho de Justiça fixa a pena de quinze anos, passando a sentença em julgado; nessa situação, ter-se-ia o início do prazo prescricional da pretensão executória com o trânsito em julgado da sentença, prazo esse fixado em vinte anos, de acordo com o inciso II do art. 125 do CPM; imagine-se agora que o condenado, foragido para não iniciar o cumprimento da pena, pratique um crime comum, por exemplo, uma lesão corporal grave, quatro anos depois do trânsito em julgado da sentença, sendo condenado no mesmo ano por sentença passada em julgado; na condenação pelo segundo crime, note-se, não poderá o juiz considerar o réu reincidente, em razão da natureza propriamente militar do primeiro crime, o que significa dizer que, não constando na sentença a reincidência, não haverá interrupção do prazo prescricional da pretensão executória da pena do crime de violência contra superior.

Raciocinando, agora, com a hipótese contrária: um Oficial da ativa do Exército provoca em seu vizinho, não militar, em razão de uma discussão por time de futebol, uma deformação permanente (art. 129, § 2º, IV, do CP); o juiz de uma vara criminal comum impõe a ele a pena de seis anos de reclusão, transitando em julgado a decisão; o autor do fato, ao conhecer o trânsito em julgado da sentença, foge para não iniciar o cumprimento da pena; um ano depois, ainda sendo militar por não ter perdido o posto e a patente por decisão do Superior Tribunal Militar, encontra um Oficial a ele superior e pratica o crime de violência contra superior na forma simples (art. 157, *caput*, do CPM), sendo processado e julgado, a revelia, por um Conselho Especial de Justiça e condenado à pena de detenção de dois anos; na sentença, ainda que o segundo crime seja propriamente militar, por ausência de vedação legal, o Conselho de Justiça aplicará a agravante da reincidência. Essa condenação, ao transitar em

julgado e estando o autor dos dois crimes foragido, terá o condão de interromper o prazo prescricional da pretensão executória da pena do primeiro crime.

11.3.5. Efeitos do reconhecimento da prescrição da pretensão executória

Operada a prescrição da pretensão punitiva, o acusado não será definitivamente condenado, não restando a ele os efeitos principais ou secundários da condenação.

No caso do reconhecimento da prescrição da pretensão executória, no entanto, apenas o efeito principal da condenação será atingido, subsistindo os efeitos secundários, penais (ex.: indução à reincidência) e extrapenais (ex.: tornar certo o dever de reparar o dano), já que ela efetivamente ocorreu com o trânsito em julgado.

11.4. Prescrição do crime de deserção

Por fim, pretensamente completando nossa abordagem, voltemos ao tratamento específico dado à prescrição do crime de deserção.

Como já assinalado, o legislador grafou dois critérios para a prescrição da deserção, a saber: 1) o critério temporal, com base na pena *in abstracto*, nos termos do art. 125, IV, do CPM; 2) o critério etário, que grafa a extinção da punibilidade, ainda que se tenha atingido o critério temporal, baseado na idade do sujeito ativo (60 anos, se oficial, e 45 anos, se praça).

A questão que surge, então, refere-se a como se devem aplicar esses critérios, ou seja, são eles concomitantes ou se excluem mutuamente?

Acerca dessa investigação, providencial citar acórdão do Superior Tribunal Militar, que, ao que se constata, tem firmado posição ainda não atacada:

"*Ementa:* Prescrição em Delito de Deserção.

I – O sistema do CPM configura duas hipóteses para a questão da prescrição, em caso de delito de deserção, a saber:

– a primeira se refere ao trânsfuga, ou seja, aquele que permanece no estado de deserção. A ele é aplicável a norma especial do art. 132 do CPM, da qual é destinatário específico. Nessa situação, só usufruirá da extinção da punibilidade ao atingir os limites de idade; e

– a segunda é dirigida ao militar que deserta e posteriormente é reincorporado, em decorrência de sua apresentação voluntária ou captura. A este é aplicável a norma geral alusiva à prescrição ínsita no art. 125 do CPM.

II – No caso vertente, a prescrição é de ser observada tão só pela regra geral do art. 125/CPM, dado que o desertor apresentara-se, voluntariamente, a 15.01.02, data em que cessou a permanência da prática do delito de deserção, passando, daí, a correr o lapso prescricional nos exatos termos do art. 125, § 2º, *c*, do CPM.

III – Preliminar de não conhecimento do Pedido Correicional rejeitada.

IV – No mérito, foi deferida a Correição Parcial para, desconstituindo-se a Decisão guerreada, determinar-se a remessa dos autos da IPD n. 253/98 à Procuradoria-Geral da Justiça Militar para que proceda como entender de direito.

V – Decisão por maioria" (STM, Cparcfe 2002.01.001814-4/DF, rel. Min. Expedito Hermes Rego Miranda, j. 21-3-2002, *DJ*, 30 abr. 2002).

Como se denota, a exata compreensão da prescrição no crime de deserção exige a anterior apreensão dos conceitos atribuídos à figura do *desertor*, aquele que, capturado ou apresentando-se voluntariamente, figura no polo passivo da ação penal pelo crime em relevo, e do *trânsfuga*, aquele que comete o delito de deserção e, em seguida, foge, permanecendo nessa condição.

Pois bem, tendo em mente esses conceitos, pode-se com relativa tranquilidade afirmar que a regra do art. 132 do Código Penal Castrense (critério etário) aplica-se ao trânsfuga, enquanto o critério temporal aplica-se ao desertor.

Nesse sentido, com muita perspicácia dispõe Jorge César de Assis:

“Ninguém duvida de que o art. 132 do CPM ‘*no crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta*’ dirige-se aos trânsfugas, aos que estão ausentes, foragidos. Isto é óbvio.

Todavia, o militar, mesmo passando à condição de desertor sobre o qual pairava a regra do art. 132 do CPM, sendo ele **reincluído** e tendo passado à condição de réu no processo por crime de deserção (*o que pressupõe o recebimento da denúncia*), a partir da data em que foi capturado e reincluído é que começará a correr o prazo da prescrição, do art. 125, VI, do CPM, na exata dicção do art. 125, § 2º, letra ‘c’, do mesmo Código, que tem seu correspondente no art. 111, inc. III, do CP Comum”**[1011]** (negrito e itálico no original).

No entanto, há visões doutrinárias destoantes dessa compreensão, inovando a abordagem com fulcro em uma interpretação restritiva e no princípio do *in dubio pro reo*. Nesse sentido, citamos elogiável construção de Ronaldo Roth**[1012]**, que assim resume seu raciocínio:

“A aplicação adequada da lei, *in casu*, exige a distinção do trânsfuga e do desertor, dado o duplo tratamento prescricional do legislador castrense ao crime de deserção. O cotejo dos dois dispositivos legais, o geral (art. 125, VI, do CPM) e o especial (art. 132 do CPM), leva-nos a extrair as seguintes conclusões:

• No caso de o agente estar cometendo o crime de deserção – o trânsfu-ga –, vigora unicamente o critério etário da lei.

• Quando o agente sofre a ação penal, a contagem da prescrição leva em conta os dois critérios: o temporal e o etário, *devendo prevalecer o que primeiro ocorrer*”. (g. n.)

Em outros termos, o respeitável doutrinador busca uma conformação dos dispositivos em estudo com uma visão minimalista, calcada na intervenção mínima e, por consequência, mais favorável ao sujeito ativo.

Apenas para ilustrar o impacto dessa construção, pedimos vênia para transcrever os exemplos consignados pelo próprio autor, com ligeiras porém não

substanciais alterações:

Exemplo 1: Soldado PM, com 20 anos de idade, desertou e foi capturado quando possuía 47 anos; como consequência, dever-se-ia reconhecer a prescrição, com fulcro no art. 132 do CPM**[1013]**.

Exemplo 2: Cabo PM, com 20 anos de idade, desertou, apresentando-se voluntariamente quando possuía 42 anos; nesse caso, haverá a incidência dos dois critérios, sendo reconhecido o que primeiro ocorrer, ou seja, apesar de o critério temporal indicar que o militar do Estado poderia sofrer consequências até os 46 anos de idade, ao atingir os 45 anos a prescrição se operará, em razão do critério etário**[1014]**.

Exemplo 3: Um cabo PM desertou e foi capturado aos 40 anos de idade; nesse caso, deverá operar-se a prescrição temporal, ou seja, quando ele atingir os 44 anos, porquanto será o primeiro termo a ser alcançado**[1015]**.

Exemplo 4: Um sargento PM deserta aos 30 anos de idade, apresentando-se com 43 anos; durante a instrução criminal, atinge a idade de 45 anos, obtendo, por consequência, a extinção da punibilidade pela regra do art. 132 do CPM, uma vez que o diploma penal em análise não restringe a prescrição etária à fase pré-processual, tampouco prevê interrupção da contagem do prazo prescricional pelo critério etário**[1016]**.

Trazidos à colação os exemplos do prezado mestre, até mesmo para poder fomentar o raciocínio mais acurado das possibilidades fáticas, cumpre-nos, *data maxima venia*, discordar da construção evidenciada.

Inicialmente, não nos parece claro que o Código Penal Militar permita a exclusão do critério temporal em razão, pura e simplesmente, da idade do infrator da lei penal militar. Parece-nos, em sentido oposto, que, dada a gravidade do delito para as forças militares, mormente aquelas centradas no serviço militar obrigatório, o legislador acautelou-se em estender, postergar a prescrição para os casos do trânsfuga.

Essa construção, ressalte-se, surge do próprio texto da lei penal militar, especialmente do art. 132, quando o legislador consigna a expressão “embora

decorrido o prazo da prescrição".

Dessa maneira, entendemos que o critério etário se aplica tão somente ao trânsfuga, não aproveitando àquele que, arrependido ou capturado, figure em ação penal pelo crime de deserção, para quem valerá o critério temporal. Para este desertor, o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva é a data da captura ou da apresentação, ou seja, momento em que cessou a dilação da consumação do crime de deserção, majoritariamente reconhecido como um crime permanente. Ainda deve-se ressaltar que as causas interruptivas e suspensivas acima enumeradas podem, em regra, ser aplicadas ao prazo prescricional punitivo, a exemplo do recebimento da denúncia (instauração do processo) e da condenação recorrível, como marcos interruptivos, e do cumprimento de pena no estrangeiro como causa suspensiva. O mesmo se diga da prescrição da pretensão executória da pena, aplicando-se os institutos à deserção.

Parece ser esse o entendimento do Superior Tribunal Militar, de acordo com o julgado supratranscrito, bem como do Supremo Tribunal Federal, que já aduziu que o "sistema do CPM configura duas hipóteses para a questão da prescrição em caso de deserção. A primeira se refere ao militar que deserta e posteriormente é incorporado, porque se apresentou voluntariamente ou foi preso. A este é aplicável a norma geral relativa à prescrição prevista no CPM, art. 125. A segunda é dirigida ao trânsfuga, ou seja, aquele que permanece no estado de deserção. A ele é aplicável a norma especial do CPM, art. 132. Nessa situação, só gozará a extinção da punibilidade ao atingir os limites de idade"**[1017]**.

Sob essa compreensão, os exemplos transcritos acima teriam, em regra, soluções diversas, a saber:

Exemplo 1: A mesma solução apresentada acima.

Exemplo 2: Em vez do critério etário, primeiro a ser atingido, prevalecerá o critério temporal, visto que o outrora trânsfuga passou a ser desertor antes de atingir a idade consignada no art. 132 do CPM.

Exemplo 3: A mesma solução apresentada.

Exemplo 4: Em vez do critério etário, atingido durante a instrução criminal, deve prevalecer o critério temporal, pelas mesmas razões do primeiro exemplo; é de notar que, com a instauração do processo, nos termos do inciso I do § 5º do art. 125, ocorrerá a interrupção da prescrição, perfeitamente aplicável, já que adotamos o critério temporal.

Clareados os exemplos com as soluções, a nosso ver, mais adequadas, resta-nos vislumbrar uma quinta hipótese, ainda não explorada, na qual a corrente a que nos opomos seria inócua. Trata-se da possibilidade de cometimento do crime de deserção por militar já com idade superior aos limites trazidos pelo art. 132. Vejamos: um soldado PM, com 46 anos de idade, comete deserção, sendo capturado em seguida à configuração do delito; nesse caso teríamos alguém que cometeu deserção com idade superior à prevista no dispositivo acima — já atingida, portanto, a prescrição etária. Em face disso, pergunta-se: ao aplicarmos a corrente guerreada, já estaria extinta a punibilidade?

Obviamente, a aceitação de uma resposta em sentido afirmativo implicaria risco extremo para o desempenho dos misteres constitucionais das instituições militares, porquanto importaria em afirmar que todo aquele que desertasse com idade superior às consignadas no art. 132 do CPM não poderia sentir o peso de um processo penal contra si. Ressalte-se que, com algumas variantes, as idades consignadas, mormente para as praças, não coincide com aquela afeta à inatividade, por exemplo, no caso de um soldado PM no Estado de São Paulo, que somente será reformado *ex officio* ao atingir a idade de 52 anos, portanto sete anos além da idade consignada no art. 132.

Em nossa visão, ao desertor em relevo, a despeito de sua idade estar acima dos 45 anos, aplicar-se-ia o critério temporal, podendo sofrer as consequências penais até os 49 anos, isso se não houver causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional.

SEGUNDA PARTE

COMENTÁRIOS AOS CRIMES MILITARES EM ESPÉCIE

INTRODUÇÃO

O Código Penal Militar, como vimos na Primeira Parte desta obra, também é dividido, a exemplo do Código Penal comum, em Parte Geral e Parte Especial.

A Parte Especial do Código Castrense possui, no entanto, uma peculiaridade: é subdividida em crimes militares em tempo de paz (do art. 136 ao art. 354) e em crimes militares em tempo de guerra (do art. 355 ao art. 408). Para a exata compreensão da tipicidade de tais delitos há necessidade de que se combine o dispositivo da Parte Especial em relevo com a Parte Geral, especificamente o art. 9º, se crime militar em tempo de paz, e o art. 10, se crime militar em tempo de guerra.

Como se percebe, os arts. 355 a 408 constituem lei penal excepcional, somente vigendo em caso de guerra declarada. Alguns desses delitos, é de notar, possuem a cominação de pena de morte, hipótese que foi recepcionada pela Carta Maior (art. 5º, XLVII, *a*), mas, tão somente, como postulamos no estudo da Parte Geral, se houver declaração de guerra, nos termos do art. 84, XIX, da

própria Constituição Federal, ou seja, em razão de agressão estrangeira à República Federativa do Brasil.

Outro ponto relevante a ser destacado nesta Segunda Parte de nossa obra está na compreensão do que seja crime propriamente militar. A utilidade de tal distinção já a apontamos na Primeira Parte. Todavia, firmamos como premissa a adoção, para a classificação dos delitos em propriamente e impropriamente militares, a compreensão dada pela *teoria clássica*, mais aceita na doutrina especializada, segundo a qual crime propriamente militar é aquele que somente pode ter por sujeito ativo o militar.

Passemos, então, ao estudo da Parte Especial do Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, o Código Penal Militar.

CAPÍTULO I

CRIMES MILITARES EM TEMPO DE PAZ: DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA EXTERNA DO PAÍS

Antes de ingressarmos no capítulo agregador dos crimes contra a segurança externa do País, é preciso advertir que a subsistência desses delitos em época atual não é pacífica.

Célio Lobão, por exemplo, entende que, com a superveniência da Lei n. 7.170/83, que trata dos crimes contra a segurança do Estado, os delitos capitulados nos arts. 136 a 148 do CPM não são mais delitos militares**[1018]**.

Em sentido oposto, sustentando a existência de crimes militares contra a segurança externa do País, ainda que existam tipos semelhantes na atual *Lei de Segurança Nacional* (arts. 9º e 11), há excelente construção de Jorge César de Assis**[1019]**, com a qual nos alinhamos, razão por que entendemos pertinente o estudo dos delitos constante dos arts. 136 a 148.

1. HOSTILIDADE CONTRA PAÍS ESTRANGEIRO

• Tipo legal

Art. 136. Praticar o militar ato de hostilidade contra país estrangeiro, expondo o Brasil a perigo de guerra:

Pena – reclusão, de oito a quinze anos.

Resultado mais grave

§ 1º Se resulta ruptura de relações diplomáticas, represália ou retorsão:

Pena – reclusão, de dez a vinte e quatro anos.

§ 2º Se resulta guerra:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

• **Objetividade jurídica:** tutela-se a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar (federal), que deve ser compreendido, nos termos do art. 22 do CPM, como o militar em situação de atividade. O militar inativo e o civil[1020] podem perpetrar este delito se em concurso com um militar da ativa, quando a circunstância pessoal *militar*, que é elementar do tipo, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM). O militar inativo, ademais, poderá perpetrar o delito se estiver sendo empregado na Administração Militar, conforme expõe o art. 12 do Código Castrense.

No que concerne aos militares dos Estados, entendemos impossível a prática de tal delito, porquanto, dando lógica ao nosso raciocínio desde a discussão acerca da Parte Geral, é o militar estadual que, em face da Justiça Militar Federal, deve ser considerado civil e não militar. O delito está capitulado entre aqueles contra a segurança externa do País, o que equivale a dizer que o bem jurídico, em tese, possui tutela em âmbito federal, portanto, competência da Justiça Militar Federal. Ora, se é a Justiça Militar Federal a competente para o julgamento e, em nosso raciocínio, o policial militar, e. g., é para ela um *civil*, não pode ele perpetrar este delito, exceto no caso em que um civil também poderia cometê-lo, ou seja, em concurso de pessoas, conforme acima comentado.

Note-se que da análise do art. 122 do Código Castrense, que se aplica aos delitos dos arts. 136 a 141, é perfeitamente possível extrair que o cometimento do delito em apreço somente pode ocorrer com a sujeição ativa de militar federal, uma vez que o dispositivo consagra duas possibilidades: a) aquela

em que o sujeito ativo é militar, quando a requisição será do Ministério Militar a que estiver subordinado (hoje Ministro de Estado da Defesa, conforme veremos a seguir); b) aquela em que, no caso específico do art. 141, a sujeição ativa seja preenchida por civil, o que exigirá que a requisição seja do Ministério da Justiça. Por óbvio, os militares dos Estados, em tempos de normalidade, não estão subordinados aos Comandantes das Forças Armadas.

Uma situação específica que poderia reverter esse quadro alcançando o militar do Estado seria o seu emprego, por convocação, mobilização ou em Força de Paz, em missão sob o comando do Exército Brasileiro.

Malgrado nosso entendimento, é preciso que se ressalte, como já anotamos no estudo da Parte Geral, que a visão do Superior Tribunal Militar acerca da concepção do militar do Estado como *militar* não é pacífica, firmando-se posição contrária ao nosso entendimento.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é o Estado.

• **Elementos objetivos:** o crime consiste na prática de qualquer ato hostil contra país estrangeiro.

Ato de hostilidade não se impõe por um rol taxativo de condutas, mas, tão somente, exemplificativo. Implica inimizade, agressividade, ser pouco acolhedor, adverso, desfavorável. Esse aviltamento pode estar presente, por exemplo, na morte, agressão ou humilhação, em público, de representante do país estrangeiro. O potencial lesivo, muitas vezes, como bem asseverado por Jorge César de Assis, será feito "pela reação ocorrida no país estrangeiro, da parte de autoridades, políticos, imprensa, órgãos de classe, que pressionem o governo estrangeiro a tomar qualquer atitude contra a nossa pátria"**[1021]**.

É necessário que o ato em questão tenha o potencial de colocar o nosso país em risco de guerra, o que mostra o grau lesivo da hostilidade perpetrada. Não é necessário que ela ocorra, mas é imprescindível que haja o perigo real de sua ocorrência, tanto que, se houver ruptura de relações diplomáticas, retaliação ou retorsão, ou até mesmo a guerra, o legislador considera tais circunstâncias qualificadoras.

A compreensão da palavra "guerra" deve ser tomada como a "*luta*

armada ferida entre dois ou mais Estados para solução de conflito havido entre eles, que não se tenha podido resolver por outro meio"**[1022]**. Exclui-se, portanto, o conflito entre Unidades da Federação, que se caracterizaria um conflito interno, definido como guerra civil, ainda mais tomando por base interpretativa do presente delito a tutela jurídica que recai sobre a segurança externa do País.

O crime se qualifica caso resulte, do ato de hostilidade, rompimento de relações diplomáticas ou declaração de guerra.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de hostilizar país estrangeiro.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática do ato pelo autor, desde que demonstradamente capaz de levar o País à guerra, independentemente de esse resultado sobrevir, o qual poderá, apenas, ao lado do rompimento das relações diplomáticas, qualificar o delito. Em outras palavras, na modalidade simples o *crime é de perigo concreto*, enquanto nas modalidades qualificadas enxergamos *crimes de dano*.

Já que falamos em crimes de dano e crimes de perigo, pedimos vênia para distinguir essas espécies de delitos, construção que se aproveitará no estudo dos demais tipos penais.

Quando analisamos os delitos quanto ao resultado, uma das possíveis classificações é a que os cinde em *crimes de dano* e *crimes de perigo*.

Os *crimes de dano* se consumam apenas com a efetiva lesão do bem jurídico tutelado.

Nos *crimes de perigo*, ao contrário, antecipa-se a tutela penal, não se exigindo efetivo dano para sua consumação, podendo referir-se à exposição a risco de apenas um indivíduo ou da coletividade. Os crimes de perigo, por sua vez, comportam subespécies; os crimes de *perigo concreto* e os crimes de *perigo abstrato*. Nos crimes de perigo concreto exige-se a comprovação de geração do risco ao bem jurídico, enquanto nos de perigo abstrato, o risco é "presumido pela norma que se contenta com a prática do fato e pressupõe ser ele perigoso..."**[1023]**.

Como alertam Gustavo Junqueira e Paulo Fuller, “Há muito se diz da inconstitucionalidade do crime de perigo abstrato, com a alegação de sua incompatibilidade com a noção material de crime, própria de um direito penal democrático. Argumenta-se assim que a presunção do perigo impõe ao sujeito algo (ruptura do tecido social) que não fez (presume-se que fez), e, assim, pune-se além do limite da culpabilidade. Argumenta-se ainda que tamanha antecipação da intervenção penal não se compatibiliza com os limites da subsidiariedade e fragmentariedade, bases de um direito penal democrático, sendo possível a regulação suficiente de tais condutas em searas diversas, como a civil e a administrativa”**[1024]**.

Os autores, ademais, colhem na doutrina possíveis soluções para a questão.

A primeira delas seria a negação absoluta da constitucionalidade de tais crimes, sendo forçosa a “descriminalização de todas as condutas punidas a título de perigo abstrato, por incompatíveis com um Direito Penal Democrático. A antecipação da intervenção, pela desproporcionalidade com a lesão social causada, torna ilegítima a apenação, por gerar maior violência que a que busca evitar”**[1025]**. Essa compreensão, obviamente endereçada ao legislador, sendo, portanto, afeta à política criminal, não solve nosso problema, porquanto devemos verificar como se pode contemporizar a questão no âmbito da práxis, dos operadores do Direito Penal. Nesse sentido, para os adeptos dessa visão, a compreensão pela inconstitucionalidade e, consequentemente, pela atipicidade do fato, seria certa e inafastável.

Outra solução trazida pelos autores diz respeito a uma alteração de compreensão acerca da criminalização. Entendendo que certos bens, por mais abstratos que sejam, comportariam uma efetiva lesão, e não só ameaça. Assim, tomando como exemplo os novos crimes relacionados às armas de fogo, trazidos pela Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o “porte de arma deixa de ser entendido como crime de perigo e passa a ser visto como crime de dano. Dano a que bem jurídico? Ao bem jurídico ‘nível satisfatório de segurança pública’, a que todos teriam direito, inclusive com previsão constitucional. Afastadas as críticas aos crimes de perigo abstrato e explicada a constitucionalidade dos tipos, preserva-se o escopo preventivo pelo prisma formado nos termos comuns ao

ideário de um Direito Penal moderno e democrático"**[1026]**.

Na nossa compreensão, as duas soluções apresentam riscos inafastáveis.

Iniciando pela segunda vertente, a concepção por um bem jurídico ideal, capaz de ser lesionado de forma plena, ainda que imaterialmente, é preocupante e conduz a um perigoso retrocesso, possibilitando, de fato, a lesão a princípios limitadores da intervenção penal, conquistados a duras penas no Estado Democrático de Direito. Essa visão, há que se ressaltar, alcançaria os delitos contidos no chamado Direito Penal clássico, de vertente extremamente repressora, que deve ser contido em nome da busca do equilíbrio de forças.

Por outro foco, a mera descriminalização, ou, no plano prático, a conclusão pela inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, também não satisfaz em tempos atuais. No chamado Direito Penal da sociedade pós-industrial, o recurso a delitos de perigo, inclusive abstrato, é um fenômeno mundial, compondo a chamada expansão do Direito Penal. Reduz-se, em face dos novos desafios tecnológicos, a tolerância aos riscos, diminuindo o universo do que se considera risco permitido, antecipando, portanto, a tutela penal para preveni-los. Às consequências desse novo enfoque, refere-se muito bem Silva Sánchez:

"Tudo isso evidencia que, inegavelmente, estamos destinados a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação individual – pelas necessidades de cooperação e de divisão funcional – alcançou níveis até agora desconhecidos. Sem embargo, a profunda correlação das esferas de organização individual incrementa a possibilidade de que alguns desses contatos sociais redundem na produção de consequências lesivas. Dado que, no mais, tais resultados se produzem em muitos casos a longo prazo e, de todo modo, em um contexto geral de incerteza sobre a relação causa-efeito, os delitos de resultado/lesão se mostram crescentemente insatisfatórios como técnica de abordagem do problema. Daí o recurso cada vez mais frequentes aos tipos de perigo, assim como sua configuração cada vez mais abstrata ou formalista (em tempos de perigo presumido)"**[1027]**.

Embora a construção acima diga respeito aos crimes da pós-modernidade, a exemplo dos crimes ambientais, *cybercrimes* etc., inegável que a

temática acerca do crime de perigo abstrato é atual e deve ser enfrentada.

Mas se as duas soluções idealizadas, sem prejuízo da construção de outras, como a existência de um Direito Penal de duas velocidades, apresentam defeitos, como enfrentar, então, a questão, e agora, mais especificamente, sob o enfoque do Direito Penal Militar?

Não há resposta absoluta a essa indagação.

Em verdade, somos partidários da ideia de que os crimes de perigo abstrato não podem ser afastados por completo, não só em face do Direito Penal da pós-modernidade, mas também em algumas condutas tidas como clássicas, inclusive do Direito Penal Militar. Por outra via, não nos parece conveniente a expansão desmedida do Direito Penal clássico, a ponto de todo crime sofrer uma antecipação de intervenção desmedida.

A solução, portanto, deve ficar, sem prejuízo de novas elucubrações futuras, a cargo do intérprete, do aplicador da norma penal militar, que deve fazer a análise do tipo de acordo com a conduta nuclear e com o bem jurídico tutelado, tendo, como pano de fundo, respaldo constitucional. Assim, por exemplo, nos crimes contra a disciplina e a autoridade militar, valores consagrados constitucionalmente pela previsão de que a disciplina e a hierarquia são as bases organizacionais das Forças Armadas (art. 142 da CF) e das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares (art. 42 da Carta Maior), algumas ameaças de lesão a esses valores, ainda que configuradas abstratamente, devem ser evitadas pela intervenção penal.

• **Tentativa:** possível, quando o autor é impedido da prática do ato por circunstâncias alheias à sua vontade, por exemplo, ao tentar queimar, diante de câmeras de televisão, a bandeira de um país com o qual se tenha relações diplomáticas difíceis, sendo impedido por terceiros.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militar da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para haver subsunção do fato a este delito,

basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial**[1028]**.

• **Ação penal:** o processamento do delito se dá por requisição do Ministro da Arma a que pertence o agente, nos termos do art. 122 do CPM, sendo, portanto, crime de ação penal pública condicionada; ocorre que, atualmente, as Três Armas estão unificadas no Ministério da Defesa, na dicção da Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999, sendo, assim, o Ministro de Estado da Defesa a autoridade com atribuição para a requisição.

2. PROVOCAÇÃO A PAÍS ESTRANGEIRO

• **Tipo legal**

Art. 137. Provocar o militar, diretamente, país estrangeiro a declarar guerra ou mover hostilidade contra o Brasil ou a intervir em questão que respeite à soberania nacional:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

• **Objetividade jurídica:** protege-se, igualmente, a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** por também restringir a sujeição ativa ao *militar*, aplicam-se a este delito as considerações feitas acerca do sujeito ativo do tipo penal militar anterior; da mesma forma, o sujeito passivo é o País (Estado).

• **Elementos objetivos:** aqui a tipificação se assemelha à do delito anterior, mas inverte-se a polaridade. No crime do art. 136, o militar brasileiro praticava hostilidade ao país estrangeiro e, agora, é o país estrangeiro que declara guerra ou pratica hostilidade contra o Brasil, entretanto, motivado pela provocação do militar brasileiro que, não necessariamente, praticou atos previstos no delito anterior (hostis), motivo pelo qual ele responde penalmente em previsão apartada.

A definição de *hostilidade* é a mesma já vista, a saber, inimizade, agressividade, ser pouco acolhedor, adverso, desfavorável.

Aplica-se aqui a compreensão de “guerra” consignada nos elementos objetivos do art. 136 *suso*.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de provocar. O dolo aqui é específico, hodiernamente denominado elemento subjetivo do tipo ou elemento subjetivo específico do injusto[1029], exigindo-se que a provocação desencadeada tenha três fins alternativos: ou o de fazer o país estrangeiro declarar guerra, ou o de mover hostilidade contra o Brasil, ou, ainda, o de intervir em questão que respeite à soberania nacional.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor realizar a provocação, materializada por uma conduta, postura, seja ela ativa ou passiva, exigindo-se o efetivo dano na segurança externa, pela declaração de guerra ou prática de hostilidade contra o Brasil ou a intervenção do país estrangeiro em questão que respeite à soberania nacional (crime de dano).

• **Tentativa:** é possível quando o autor tenta perpetrar o ato de provocação mas é impedido por terceiros. Evidentemente, para que essa hipótese se verifique, o ato deve ter sido anunciado e a postura adotada pelo autor deve denotar, inequivocamente, a sua intenção, ou, de outro modo, a tentativa não passaria de cogitação impunível.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, valendo, portanto, os comentários consignados no delito anterior[1030].

• **Ação penal:** assim como na previsão anterior, somente se procede à ação penal mediante representação do Ministro da Defesa, nos termos do art. 122 do CPM.

3. ATO DE JURISDIÇÃO INDEVIDA

• **Tipo legal**

Art. 138. Praticar o militar, indevidamente, no território nacional, ato de jurisdição de país estrangeiro, ou favorecer a prática de ato dessa natureza:

Pena – reclusão, de cinco a quinze anos.

• **Objetividade jurídica:** é a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** aplicam-se a este delito as considerações feitas acerca do sujeito ativo do tipo penal constante do art. 136. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o Estado.

• **Elementos objetivos:** o militar pratica ato de jurisdição de país estrangeiro, ou seja, ato determinado por um juiz estrangeiro em processo que tramite na Justiça alienígena. Poderia, ainda, o autor não chegar a praticar o ato, mas, tão somente, favorecer sua prática, o que já caracterizaria o tipo.

Jorge César de Assis ensina que ato de jurisdição poderia ser a "apreensão de bens de devedor, inquirição de testemunhas ou indiciados ou prisão e entrega de pessoas a agentes de governos estrangeiros"**[1031]**. Evidentemente, o fato gerador de tais procedimentos é a decisão do juiz do país estrangeiro, que encontra, no militar brasileiro, a ferramenta, direta ou indireta (por terceiro e auxiliado pelo militar), para sua execução. Também carece de representação do Ministro da Defesa, nos termos do art. 122 do CPM.

Deve-se grafar que o tipo penal pressupõe a prática "indevida" do ato jurisdicional estrangeiro, constituindo um elemento normativo do tipo que deve ser apreciado pelo operador do Direito Penal Militar. Equivale dizer que, uma vez regular a prática do ato, por homologação do Poder Judiciário pátrio**[1032]**, estará afastada a tipicidade objetiva do delito.

O ato deve ser praticado em nosso território (elemento espacial). O território configura-se em elemento constitutivo do Estado, podendo-se firmar, com Dalmo Dallari, que "não existe Estado sem território. No momento mesmo de sua constituição o Estado integra num conjunto indissociável, entre outros elementos, um território, de que não pode ser privado sob pena de não ser mais

Estado. A perda temporária do território, entretanto, não desnatura o Estado, que continua a existir enquanto não se tornar definitiva a impossibilidade de se reintegrar o território com os demais elementos. O mesmo se dá com as perdas parciais de território, não havendo qualquer regra quanto ao mínimo de extensão territorial”**[1033]**.

Como bem anota Fragoso, “não existe um conceito jurídico-penal de território: tal conceito é dado pelo direito público e pelo direito internacional. Não se trata de conceito geográfico, mas de conceito jurídico: *território é todo espaço onde se exerce a soberania***[1034]** *do Estado***[1035]**. Compreende, em primeiro lugar, o espaço territorial delimitado pelas fronteiras do país, sem solução de continuidade, inclusive rios, lagos e mares interiores, bem como as ilhas e outras porções de terra separadas do solo principal”**[1036]**.

A essa compreensão também se somam o mar territorial, o espaço aéreo, os navios e aeronaves comerciais em espaço aéreo nacional e os navios e aeronaves do Estado, onde quer que se encontrem**[1037]**.

Não há grandes problemas na definição do espaço terrestre, porquanto as fronteiras, sejam elas naturais**[1038]**, artificiais ou esboçadas – estas praticamente inexistentes hoje em dia em razão do desenvolvimento tecnológico, princi-palmente da aerofotogrametria, que confere grande precisão à definição dos limites dos Estados nacionais –, estão bem demarcadas, sendo fácil o reco-nhecimento do território nacional.

Por outro lado, não há tanta mansidão quando se avalia o subsolo, o mar territorial e o espaço aéreo.

Concernente ao “subsolo”, é possível afirmar que o território de um país alcançará o ponto que sua tecnologia possa atingir. Com efeito, nota-se uma ausência de conflitos nessa acepção do território, pois não é possível um Estado, pela exploração do seu subsolo, ameaçar a soberania de seu antípoda**[1039]**.

Para exemplificar nossa construção no tipo delitivo estudado, um ato judicial indevido pode ser praticado no subterrâneo, como em galerias, estações ferroviárias ou metroviárias etc., encontrando perfeita subsunção.

A definição do “mar territorial” sempre foi motivo de preocupação do

Direito Internacional, remontando, o primeiro critério, aos estudos de Hugo Grotius, estabelecendo que o mar territorial seria delimitado pelo alcance dos canhões do país (*terrae potestas finitur ubi finitur armorum vis*)**[1040]**. Obviamente, com o desenvolvimento bélico das nações, o critério limitado pelo alcance dos canhões ficou obsoleto, mormente em função do desenvolvimento das armas de Artilharia com alcance transcontinental, idealizando-se outros critérios que buscaram estipular uma distância, passando por três milhas marinhas (5.556 metros) da costa, a contar da linha média da maré baixa, ou linha reta traçada entre os pontos de abertura de baías e golfos (Circular do Ministro da Guerra, de 31-7-1850, e Regulamento para as Capitanias dos Portos, baixado pelo Decreto n. 5.798, de 11-6-1940)**[1041]**.

O Decreto-Lei n. 1.098/70 estendeu o mar territorial até duzentas milhas da costa, critério que também foi adotado por vários países sul-americanos**[1042]**.

Finalmente, com a Lei n. 8.617, de 4 de janeiro de 1993, esse limite foi redefinido, compreendendo-se como "mar territorial" *uma faixa de doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil*. A referida lei ainda define "zona contígua" (compreende uma faixa que se estende das doze às vinte e quatro milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial), "zona econômica exclusiva" (compreende uma faixa que se estende das doze às duzentas milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial) e "plataforma continental" (compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância).

Buscando mais uma vez o exemplo, agora no que tange ao território nacional marítimo, o ato judicial indevido praticado no interior de uma

plataforma marítima situada a cinco milhas da linha da baixa-mar estará subsumido, ao menos no que concerne ao elemento espacial do tipo penal, pela norma em estudo.

A respeito do "espaço aéreo", existem, no magistério de Mirabete, três teorias: "a teoria da absoluta *liberdade* do ar, segundo a qual não existe domínio por nenhum Estado, podendo o espaço aéreo ser utilizado por todos os países, sem restrições; a teoria da *soberania até os prédios mais elevados ou o alcance das baterias antiaéreas*, que delimitaria a soberania até os sinais concretos do domínio do Estado no espaço; e a teoria da *soberania sobre a coluna atmosférica* pelo país subjacente, delimitada por linhas imaginárias que se situam perpendicularmente aos limites do território físico, incluindo o mar territorial"**[1043]**. O Brasil, de acordo com o art. 11 do CBA (Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei n. 7.565, de 19-12-1986), adotou a *teoria da soberania sobre a coluna atmosférica*, já que o limite do território coincide com a faixa de ar sobre o espaço terrestre e sobre o mar territorial**[1044]**. É vedada pelo Tratado do Espaço Exterior, de 1966, a possibilidade de um Estado "se apossar, no todo ou em parte, do espaço ultraterrestre, inclusive da Lua ou de qualquer outro satélite ou planeta"**[1045]**.

Além de se poder firmar que o espaço sideral é internacional, dentro do espaço aéreo se estabeleceu uma *zona de passagem inocente* para aeronaves, não militares, estrangeiras, podendo o Estado cujo território é sobrevoado, ao ter a notícia do sobrevoo, resguardar seus interesses definindo regras de tráfego.

Exemplificativamente, em uma visão de futuro talvez não muito distante, um ato judicial indevido praticado em uma base suspensa em nosso espaço aéreo será subsumido pelo crime apreciado.

Outro ponto a ser analisado no estudo do território diz respeito às embaixadas. Hodiernamente, as embaixadas e repartições consulares no exterior pertencem ao país que representam, mas se sujeitam às normas do Estado em que se encontram, apesar de serem invioláveis. Essa inviolabilidade, entretanto, não decorre do entendimento de ser ela extensão do território estrangeiro, mas sim em função da própria garantia de seus agentes diplomáticos, tudo isso com amparo na Convenção de Viena, assinada em 18 de abril de 1961, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 103, de 1964, e ratificada em 23 de fevereiro de

1965[1046]. Em outros termos, deve-se concluir que as embaixadas brasileiras no exterior não são mais, como se compreendeu outrora, território brasileiro.

Atenção há que ser dada ao território nacional, por ficção jurídica, especificamente materializado em navios e aeronaves. São extensões do território nacional, nos termos do art. 5º do CP comum, as "embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar" (§ 1º). Ademais, dispõe o mesmo diploma que se aplica a lei penal brasileira nos crimes cometidos em "embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil" (§ 2º).

Em simples comparação com o Código Penal Militar notaremos uma sensível diferença. O art. 7º do Código Castrense traz o conceito de território nacional por extensão, na seguinte conformidade: "para os efeitos da lei penal militar consideram-se como extensão do território nacional as aeronaves e os navios brasileiros, onde quer que se encontrem, sob comando militar ou militarmente utilizados ou ocupados por ordem legal de autoridade competente, ainda que de propriedade privada" (§ 1º); "é também aplicável a lei penal militar ao crime praticado a bordo de aeronaves ou navios estrangeiros, desde que em lugar sujeito à administração militar, e o crime atente contra as instituições militares" (§ 2º).

Nitidamente, percebe-se que há uma definição mais abrangente no Código Penal comum em relação ao Código Penal Militar, donde surgem duas questões a serem exploradas: 1ª) o território por extensão pode ser considerado para o preenchimento do elemento espacial do tipo delitivo *sub examine*?; 2ª) em se tendo o espaço territorial por extensão como incluído na expressão "território nacional", deve-se ter por definição o que postula o Código Penal comum ou o Código Penal Militar?

Quanto à primeira questão, não temos dúvida de que o território, por

extensão, deve ser considerado para fins de preenchimento do elemento espacial, verificando-se o delito quando praticado, por exemplo, em um navio militar em águas internacionais.

A segunda questão merece investigação mais comedida, atendendo a uma interpretação restritiva do sistema penal militar. Note-se que os parágrafos do art. 7º do CPM restringem a interpretação para a "*aplicação da lei penal militar*", o que deve capitanear a conclusão no sentido de que a extensão dada pelo Código Penal comum é por demais abrangente, não podendo ser aplicada para a definição de território nacional na busca da tipicidade do delito em apreço. O próprio sistema penal militar, norma especial pela tutela específica de certos bens jurídicos, cuidou de limitar o entendimento do intérprete, não sendo correto estender a interpretação, mormente para buscar uma ampliação do tipo penal.

Não estará em prática do delito, v. g., o militar que, embarcado em um navio mercante não comandado por autoridade militar, nem militarmente utilizado ou ocupado por ordem legal de autoridade competente, em alto-mar, colabore com a apreensão de um bem em cumprimento a ordem judicial de autoridade judiciária estrangeira, uma vez que, embora abrangida a situação pela ficção criada pelo § 1º do art. 5º do CP comum, está ela fora das situações definidoras do território brasileiro por extensão, trazidas pelos parágrafos do art. 7º do CPM.

Uma última questão tormentosa pode surgir dos postulados suso-consignados acerca do território: se o território foi conceituado como todo o espaço sobre o qual um Estado exerce soberania, é possível afirmar que onde houver exercício de soberania haverá um território? Em outros termos, soberania e território são conceitos coincidentes, podendo-se afirmar que o exercício da soberania demarca o território?

A solução para a questão parece-nos inequívoca no sentido de se poder afirmar que é possível, ainda que na exceção, a existência de soberania sem território, porém, não há território sem soberania. Essa conclusão é evidente quando se verifica que na discussão acerca do objeto da soberania conclui-se que ela é exercida sobre os indivíduos, isoladamente ou em grupo. Esse poder, portanto, pode ser exercido sobre os nacionais, ainda que fora do território

nacional[1047].

Ocorre que o exercício eventual de soberania fora dos limites do território pode colidir, afrontar a soberania de outro Estado nacional, ocasião em que se lança mão do Direito Internacional a pacificar certas situações. Esses conflitos potenciais são dirimidos, em regra, pela transigência dos Estados, que autodelimitam sua soberania em prol da harmonia da comunidade internacional. Temos, pois, a "teoria da *autolimitação* do Estado, pela qual este, desde que o entenda conveniente, pode assumir obrigações externas, como pode fixar regras jurídicas para a aplicação interna, sujeitando-se voluntariamente às limitações impostas por essas normas"[1048].

Nesse diapasão, o respeito à inviolabilidade de uma embaixada, por exemplo, não pode ser compreendido como reconhecimento daquele local como território estrangeiro, mas, sim, como exercício de soberania de ambos os Estados, o representado pela embaixada e o que a hospeda. Note-se que o país creditante exerce, sim, sua soberania sobre o embaixador, ainda que em território de outro país.

Vamos a outro exemplo de exercício de soberania fora do território.

Como vimos acima, a Lei n. 8.617, de 1993, definiu o mar territorial, indiscutivelmente abrangido pela expressão "território nacional". Por outro bordo a mesma Lei, além de definir a "zona econômica exclusiva", dispõe que "o Brasil tem *direitos de soberania* para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vistas à exploração e ao aproveitamento da zona para fins econômicos" (art. 7º da Lei supracitada).

Nitidamente, pela previsão acima, o Brasil exerce sua soberania, contra os indivíduos, na faixa compreendida até as duzentas milhas marítimas; no entanto, isso, por si só, não autoriza o intérprete concluir que tal faixa, além das doze milhas marítimas do mar territorial, está abrangida pela expressão "território nacional"[1049], em estudo no presente tipo penal. É, sim, exercício de soberania em espaço não compreendido no território brasileiro, de modo que,

recorrendo mais uma vez ao exemplo, se um militar permitir que uma testemunha seja ouvida por ordem judicial de juiz estrangeiro, em local (plataforma marítima, p. ex.) além das doze milhas do mar territorial, não estará praticando conduta subsumida pelo tipo penal do art. 138 do CPM.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de praticar, em território nacional, o ato de jurisdição estrangeira.

Para tanto, é preciso que o agente conheça a condição de estar em território brasileiro, ou, então, estará agindo sem o dolo exigido pelo tipo penal, verificando-se, pois, hipótese de erro de fato essencial, *ex vi* do art. 36, primeira parte, do CP Castrense**[1050]**.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor pratica o ato decorrente da decisão do juiz estrangeiro, ou concorre para sua prática, independentemente de uma efetiva lesão à segurança nacional, ou mesmo da demonstração do risco a ela, presumindo-se, pela inobservância da soberania, o risco indesejado (crime de perigo abstrato).

• **Tentativa:** é possível quando o autor inicia os atos de execução mas é impedido de consumá-los. Evidentemente, para que essa hipótese se verifique, o ato deve ter sido anunciado, e a postura adotada pelo autor deve denotar, inequivocamente, a sua intenção, ou, de outro modo, a tentativa não passaria de cogitação impunível.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, valendo, portanto, os comentários consignados quando tratamos do art. 136.

• **Ação penal:** assim como na previsão do art. 136, somente se procede à ação penal mediante representação do Ministro da Defesa, nos termos do art. 122 do CPM.

4. VIOLAÇÃO DE TERRITÓRIO ESTRANGEIRO

• **Tipo legal**

Art. 139. Violar o militar território estrangeiro, com o fim de praticar ato de jurisdição em nome do Brasil:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

• **Objetividade jurídica:** da mesma forma que nos casos anteriores, o objeto da tutela penal é a segurança externa do País, pois desse ato poderá advir repulsa estrangeira em relação ao Brasil.

• **Sujeitos do delito:** aplicam-se a este delito as considerações feitas acerca do sujeito ativo do tipo penal constante do art. 136. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o Estado.

• **Elementos objetivos:** aqui o militar entra, sem autorização, em território estrangeiro para praticar ato decorrente da decisão de um juiz brasileiro, invertendo-se, portanto, a previsão do tipo anterior.

O militar pratica o ato em nome do Brasil, colocando-se como instrumento prático do cumprimento das determinações judiciais, por exemplo, a captura de pessoas ou a apreensão de objetos além-fronteira.

Note-se que o delito exige o ingresso em território estrangeiro, o que significa dizer que não estará configurado o crime em caso de prática em território internacional (seja terrestre, seja marítimo ou aéreo).

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de ingressar em território de país estrangeiro, caracterizando-se aqui o elemento subjetivo específico do injusto (antigo dolo específico), pois o autor deve direcionar sua conduta para a realização de ato decorrente da decisão de juiz brasileiro e em nome do Brasil, ou seja, ingressa no território além-fronteira com finalidade específica.

• **Consumação:** o crime está na entrada do autor em território estrangeiro com a finalidade já expressa, sendo irrelevante para a caracterização do delito se ele conseguiu ou não realizar o ato a que se propôs, e mesmo a

demonstração de potencial risco à segurança externa do País, visto que é crime de *perigo abstrato*. Em outros termos, o delito se consuma quando o autor passa da linha de fronteira com o objetivo de praticar ato de jurisdição em nome do Brasil.

• **Tentativa:** é possível se o autor for surpreendido tentando vencer a barreira (natural ou artificial) que separa as nações e impedido de entrar.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, valendo, portanto, os comentários consignados quando tratamos do art. 136.

• **Ação penal:** assim como nos delitos anteriores, somente se procede à ação penal mediante representação do Ministro da Defesa, nos termos do art. 122 do CPM.

5. ENTENDIMENTO PARA EMPENHAR O BRASIL À NEUTRALIDADE OU À GUERRA

• **Tipo legal**

Art. 140. Entrar ou tentar entrar o militar em entendimento com país estrangeiro, para empenhar o Brasil à neutralidade ou à guerra:

Pena – reclusão, de seis a doze anos.

• **Objetividade jurídica:** assim como nos casos anteriores, a objetividade jurídica é a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** aplicam-se a este delito as considerações feitas acerca do sujeito ativo do tipo penal constante do art. 136. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País (Estado).

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é “entrar” ou “tentar

entrar” em entendimento. Nesta previsão, o militar busca, em nome do Brasil, arvorando-se de representatividade que não recebeu nem lhe foi delegada, entender-se com país estrangeiro para levar a Nação à guerra ou à neutralidade (indiferença em relação à contenda entre nações ou à questão em que se veja obrigado a decidir).

Cumpre notar que a competência para declarar a guerra ou celebrar a paz é conferida à União (art. 21, II, da CF), sendo o representante dotado constitucionalmente desse poder o Presidente da República (nos termos do art. 84, XIX e XX, da CF), após a autorização do Congresso Nacional (competência exclusiva), conforme o art. 49, II, da Lei Maior.

Aplica-se, também, neste delito a compreensão de “guerra”, consignada nos elementos objetivos do art. 136.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de se entender com país estrangeiro com o fim de levar o Brasil à guerra ou à neutralidade, o que caracteriza o elemento subjetivo específico do injusto (antigo dolo específico).

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor pratica qualquer ato que denote sua tentativa de entender-se com país estrangeiro com o fim já apontado, independentemente do resultado advindo ou da demonstração de potencial risco à segurança externa do País, caracterizando-se, também, como crime de perigo abstrato.

• **Tentativa:** impossível, porquanto é ela equiparada ao *entendimento* celebrado pelo próprio tipo penal, não havendo falar em “tentativa de tentativa”.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, valendo, portanto, os comentários consignados quando tratamos do art. 136.

• **Ação penal:** assim como nos delitos anteriores, somente se procede à ação penal mediante representação do Ministro da Defesa, nos termos do art. 122 do CPM.

6. ENTENDIMENTO PARA GERAR CONFLITO OU DIVERGÊNCIA COM O BRASIL

• **Tipo legal**

Art. 141. Entrar em entendimento com país estrangeiro, ou organização nele existente, para gerar conflito ou divergência de caráter internacional entre o Brasil e qualquer outro país, ou para lhes perturbar as relações diplomáticas:

Pena – reclusão, de quatro a oito anos.

Resultado mais grave

§ 1º Se resulta ruptura de relações diplomáticas:

Pena – reclusão, de seis a dezoito anos.

§ 2º Se resulta guerra:

Pena – reclusão, de dez a vinte e quatro anos.

• **Objetividade jurídica:** a segurança externa do País é o objeto da tutela penal.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa, civil ou militar. Não nos parece relevante a ressalva de que a possibilidade de perpetração por civil deva estar restrita à esfera federal, porquanto, em face do bem jurídico tutelado, este delito será necessariamente de competência da Justiça Militar Federal. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País (Estado).

• **Elementos objetivos:** o autor entra em entendimento, acerta-se, combina, fecha questão, tanto podendo ser com país estrangeiro como com organização (pública ou privada) que nele exista.

Visa o acordo feito a gerar conflito (contestação profunda que implica adoção de medidas de retaliação ou até mesmo a guerra, quando o crime se qualificará pelo resultado) ou divergência de caráter internacional entre o Brasil e qualquer outro país (discussão de interesses), ou lhes perturbar as relações diplomáticas (atrapalhando a tranquilidade e a estabilidade das duas nações).

O legislador qualificou o delito pelo resultado, uma vez que apenou de

forma mais severa, com limites mínimo e máximo maiores do que o do tipo base do *caput*, a conduta (o entendimento) que proporciona a efetiva quebra de relações diplomáticas entre as nações, e ainda com mais rigor a que proporciona a guerra entre as duas nações.

O rompimento (ou ruptura) de relações diplomáticas pode ser materializado de várias formas, desde a pública declaração do representante do país estrangeiro nesse sentido até a silente retirada de corpo diplomático do País.

No que concerne à compreensão do termo "guerra", aproveitam-se os comentários consignados nos elementos objetivos do art. 136.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção livre e consciente, porém tal intenção deve ser dirigida para o entendimento com o escopo de gerar o conflito, ou iniciar divergência, ou, por fim, para perturbar as relações diplomáticas (elemento subjetivo específico do injusto).

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor entra em entendimento com o país ou a organização com o fim específico já discutido, mesmo que o intento não se realize, e sem carecer de demonstração de potencial risco à segurança externa do País (crime de perigo abstrato).

• **Tentativa:** é possível nos casos em que se tenta o entendimento mas não se consegue por questões alheias à vontade do autor, por exemplo, a negativa do outro país. Certamente que para sua caracterização há de ser provado que a tentativa de entendimento tinha o fim especificado pelo tipo, pois, do contrário, não há falar no presente delito.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, no caso de o sujeito ativo ser militar federal em situação de atividade. Caso o sujeito ativo seja civil – e aqui incluímos o militar do Estado não incorporado ao efetivo do Exército Brasileiro por força de convocação ou de mobilização – ou militar federal inativo, a complementação da tipicidade deve dar-se pelo inciso III do mesmo artigo, em uma de suas alíneas.

• **Ação penal:** assim como nos delitos anteriores, somente se procede à ação penal mediante representação do Ministro da Defesa, no caso de o sujeito ativo ser militar. Caso o autor seja um civil, a requisição deverá ser do Ministro da Justiça (art. 122 do CPM).

7. TENTATIVA CONTRA A SOBERANIA DO BRASIL

• **Tipo legal**

Art. 142. Tentar:

I – submeter o território nacional, ou parte dele, à soberania de país estrangeiro;

II – desmembrar, por meio de movimento armado ou tumultos planejados, o território nacional, desde que o fato atente contra a segurança externa do Brasil ou a sua soberania;

III – internacionalizar, por qualquer meio, região ou parte do território nacional:

Pena – reclusão, de quinze a trinta anos, para os cabeças; de dez a vinte anos, para os demais agentes.

• **Objetividade jurídica:** tutelam-se a segurança externa do País e a integridade nacional.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa, civil ou militar, fazendo-se aqui a mesma observação acerca do sujeito ativo do delito anterior (a tutela do bem jurídico será competência federal, portanto da Justiça Militar Federal, sendo despicienda a observação afeta à não sujeição de civis ao foro militar estadual). O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País (Estado).

• **Elementos objetivos:** nesta previsão, o autor é punido pela tentativa

de uma das três condutas relacionadas no tipo.

Na primeira delas, tenta submeter o País, no total ou parte dele (região, Estado, Município, vilarejo), a mando, domínio, autoridade de país estrangeiro, ou seja, tenta criar espaço geográfico brasileiro onde o próprio Brasil perderia a soberania, o domínio, entregando-o a outro país. Em primeiro momento a previsão pode parecer um tanto quanto fantasiosa, mas, se lembrarmos das proporções continentais de nossas terras, das dificuldades de guarda das fronteiras (sobretudo no norte e noroeste do Brasil), e, especialmente, do interesse que porções de nosso território despertam nos países estrangeiros (biodiversidade, reservas verdes, área de minérios etc.), essa possibilidade se mostra clara e factível.

Para que nossa construção se torne coerente, firmamos que a soberania, em visão hodierna, exerce-se em face de pessoas, não em face de coisas ou de determinado espaço. No entanto, também firmamos que não existe território nacional se o país não puder, naquele local, exercer sua soberania sobre as pessoas. Nesse raciocínio, é possível o exercício de soberania fora do território, porém, não está compreendido no território de um país o local onde ele não possa exercer sua soberania. Por essa construção, ao dispor o tipo penal que comete o delito aquele que tenta *submeter o território nacional, ou parte dele, à soberania de país estrangeiro*, busca-se descrever a conduta de uma pessoa que tenta dispor de porção do território brasileiro ao domínio de país estrangeiro, uma verdadeira *entrega* de território, desejando o sujeito ativo, com sua conduta, que aquela porção de terra (correspondente a todo o território nacional ou parte dele) passe a ser território de outro Estado nacional.

Já definimos soberania como sinônimo de *independência*, caracterizando-se pela não submissão a nenhum outro Estado na ordem internacional, bem como expressão de *poder jurídico mais alto*, pois que o Estado soberano, em seu território, tem o poder de decisão em última instância sobre a eficácia de qualquer norma jurídica**[1051]**. Assim, a soberania caracteriza-se em um aspecto político e jurídico, surtindo efeitos de caráter externo e interno.

Na segunda modalidade, o autor tenta desmembrar, separar, destacar área geográfica, utilizando-se para tal de luta armada ou promovendo

perturbações graves da ordem pública vigente, orquestradas no sentido de fazer com que o Estado brasileiro perca o controle sobre a região. A tentativa, aqui, inclina-se para a secessão do território nacional, não importando se a porção seccionada politicamente forme ou não um novo Estado. Caso a tentativa seja não apenas desagregar o Estado brasileiro, mas também submetê-lo ao jugo estrangeiro, teremos a hipótese do inciso I, e não a do inciso II.

À luz do ordenamento constitucional, ressalte-se, este dispositivo (inciso II) foi perfeitamente recepcionado pela Carta Cidadã. O Brasil, por definição da Norma Fundamental, constitui-se em um Estado federado**[1052]**, circunstância que deve ser bem delineada.

A federação é uma forma composta de Estado (não unitário), formada pela união de unidades regionais autônomas, em torno de um ente central, dotado de soberania, repartindo-se a competência. Por definição, na federação, ao contrário da confederação, as unidades que a integram não possuem direito à secessão.

O Brasil, que durante o Império tinha a forma unitária, nos termos da Constituição do Império (1824)**[1053]**, passou, com a proclamação da República, para a forma federada (Decreto n. 1, de 15-11-1889, e Constituição de 1891**[1054]**). A forma federada adotada pelo Brasil é *sui generis*, porquanto confere autonomia (muito embora aleguem alguns doutrinadores ser essa autonomia algo meramente aparente, inexistente na prática) não só aos Estados-Membros e ao Distrito Federal, mas, também, aos Municípios.

A integridade nacional, que caracteriza o Estado federado, é tutelada com rigor pelo sistema constitucional, que não só declara essa forma de Estado como aparamenta a Federação de instrumentos para sufocar o levante separatista.

Tome-se como exemplo dessa concepção que o art. 1º da CF dispõe que "a República *Federativa* do Brasil, formada pela união *indissolúvel* dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...".

Como instrumento protetor dessa realidade federativa, além de se

configurar o núcleo rígido da Constituição (art. 60, § 4º, I), a ameaça à integridade nacional permite a quebra do pacto federativo pela intervenção da União nos Estados-Membros, conforme dispõe o art. 34, I, da Carta Maior.

Com todo esse arcabouço constitucional, clara está a recepção da norma incriminadora do inciso II do art. 142 do CPM.

Na terceira e última modalidade, o autor tenta, como no inciso I, obstar o poder soberano do Brasil sobre determinada região, mas, em vez de lhe entregar a mando de país estrangeiro, a área é internacionalizada, ou seja, passa a ser domínio de um grupo de países ou de todos os países.

Essa modalidade possui uma exceção para aquele que é *acionista ou cotista em sociedade anônima, ou por cotas de responsabilidade limitada*. Acerca dessa exceção, abrangendo também a questão disciplinar, o caro autor Abelardo Júlio da Rocha dispõe que:

"O sócio cotista de uma empresa constituída sob a égide de responsabilidade limitada, é aquele quem cabe integralizar o capital da empresa por meio de cotas.

Desfruta, sem dúvida, de profundas vantagens para a preservação de seu patrimônio pessoal, em caso de insolvência desta, se comparadas com a situação do sócio-cotista das Sociedades em Nome Coletivo, pessoalmente responsáveis ilimitadamente pelos débitos sociais"**[1055]**.

Na visão do autor, ademais, qualquer remuneração percebida pelo militar sócio de sociedade empresária o coloca em confronto com a permissão da parte final do art. 204 do CPM, sendo, portanto, possível subsumir sua conduta no tipo penal militar incriminador.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção livre e consciente, porém tal intenção deve ser dirigida para uma das três possibilidades de condutas nucleares (elemento subjetivo específico do injusto), sendo necessária a demonstração do ânimo do agente (submeter território ao jugo de outro país, turbar a integridade nacional ou internacionalizar uma área), que é o que definirá em qual modalidade incorrerá o agente.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor tenta qualquer das condutas aqui descritas, ou seja, pratica qualquer ato buscando o alcance delas. Como crime de atentado em que se configura, não se exige que o autor alcance o intento, contudo, exige-se que se demonstre a potencialidade de chegar à lesão da segurança externa, evidenciando-se que o ato do autor era hábil a submeter o território nacional, ou parte dele, à soberania de país estrangeiro etc. (crime de perigo concreto).

Evidentemente, fala-se em tentativa, pois se ela prosperasse e chegasse à consecução e ao sucesso, possivelmente não haveria mais Estado organizado para processar e punir o autor, razão pela qual se faz necessária a antecipação da tutela penal.

• **Tentativa:** não existe modalidade tentada, porquanto o ato tentado já é a conduta nuclear do tipo em estudo (*crime de atentado*).

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o autor for militar federal da ativa.

No caso de inativo ou civil – aqui se incluindo o militar estadual não incorporado ao efetivo do Exército Brasileiro em razão de convocação ou mobilização –, a complementação deve-se dar com o inciso III do art. 9º do mesmo *Codex*.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, porquanto o delito não está abrangido pelo disposto no art. 122 do CPM.

8. CONSECUÇÃO DE NOTÍCIA, INFORMAÇÃO OU DOCUMENTO PARA FIM DE ESPIONAGEM

• **Tipo legal**

Art. 143. Conseguir, para o fim de espionagem militar, notícia, informação ou documento, cujo sigilo seja de interesse da segurança externa do Brasil:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

§ 1º A pena é de reclusão de dez a vinte anos:

I – se o fato compromete a preparação ou eficiência bélica do Brasil, ou o agente transmite ou fornece, por qualquer meio, mesmo sem remuneração, a notícia, informação ou documento, a autoridade ou pessoa estrangeira;

II – se o agente, em detrimento da segurança externa do Brasil, promove ou mantém no território nacional atividade ou serviço destinado à espionagem;

III – se o agente se utiliza, ou contribui para que outrem se utilize, de meio de comunicação, para dar indicação que ponha ou possa pôr em perigo a segurança externa do Brasil.

Modalidade culposa

§ 2º Contribuir culposamente para a execução do crime:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, no caso do artigo; ou até quatro anos, no caso do § 1º, n. I.

• **Objetividade jurídica:** protege-se a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa, civil ou militar, fazendo-se aqui a mesma observação acerca do sujeito ativo do delito capitulado no artigo anterior (a tutela do bem jurídico será competência federal, portanto da Justiça Militar Federal, sendo menoscabível a observação afeta à não sujeição de civis ao foro militar estadual). O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o Estado.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta descrita no *caput* é "conseguir" notícia, informação ou documento, restritos a poucas pessoas, evidentemente, por questão de ofício, visto que tratam de assunto relacionado à

segurança externa. O autor, dessa forma, busca a notícia, informação ou documento para realização de espionagem militar.

Espionagem, segundo aponta José da Silva Loureiro Neto, bebendo da fonte de definição de Esmeraldino Bandeira, "é o ato do indivíduo que, clandestinamente, colhe ou procura colher dados, informações ou documentos sobre os segredos políticos ou recursos militares de um Estado para, com a intenção de causar-lhe dano, divulgá-los ou comunicá-los a outro Estado"**[1056]**. Movido por esse escopo é que o autor busca e consegue o referido acesso.

O legislador qualificou a conduta que gera resultado, ou seja, compromete a preparação ou o bom emprego (eficiência) de meios bélicos (*poderio de fogo*) do Brasil ao mesmo passo do autor que faz o dado conseguido chegar à autoridade estrangeira (inciso I).

Os incisos II e III, topograficamente também formas qualificadas, trazem, em verdade, nova tipificação.

No inciso II, pune-se o autor que promove (dá impulso, põe em execução) ou mantém (dá continuidade a trabalho já existente) atividade (ação) ou serviço (estrutura para a ação) de espionagem em território nacional.

O inciso III, por fim, pune o autor que usa ou concorre para que outro use meio de comunicação (rádio, televisão, internet etc.) na divulgação de algo que coloque ou possa colocar em perigo a segurança externa do País, evidentemente pelas proporções que tais meios de comunicação alcançam.

• **Elemento subjetivo:** admite o dolo e a culpa.

No *caput* e no inciso I do § 1º, deve-se preencher o elemento subjetivo específico do injusto (antigo dolo específico), tendo em vista que o tipo penal exige que a consecução tenha um fim certo: a espionagem.

Deve-se notar que os incisos II e III constituem, em verdade, novos tipos penais distintos do tipo base e da descrição do inciso I. Dessa forma, para tais incisos (II e III), não há o aproveitamento do elemento subjetivo específico exigido pelo *caput*, mas, tão somente, o dolo como elemento subjetivo genérico do injusto (antigo dolo genérico).

Observe-se, ademais, que o delito em apreço possui modalidade culposa, por conta de previsão expressa do § 2º do artigo. Todavia, tal modalidade restringe-se às figuras do *caput* e do inciso I do § 1º, conforme se conclui da pena cominada, que somente faz menção a essas duas formas.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor consegue a notícia, informação ou documento sigiloso, não importando, na figura do *caput*, se o dado conseguido é efetivamente empregado para a espionagem, presumindo-se, com a mera obtenção da notícia etc., que há risco à segurança externa (crime de perigo abstrato).

Na primeira parte da figura trazida pelo inciso I do § 1º, a modalidade estará consumada quando ocorrer o comprometimento da preparação ou a eficiência bélica do Estado brasileiro, exigindo-se, portanto, a demonstração desse comprometimento, ainda que não signifique efetiva lesão à segurança externa (crime de perigo concreto). Na segunda parte do dispositivo, a consumação se dará simplesmente quando o dado conseguido é fornecido a estrangeiro (autoridade ou não), configurando-se o crime de perigo abstrato.

Na previsão do inciso II, dá-se a consumação quando o autor promove ou mantém (por meio de qualquer ato, gesto ou palavra) atividade ou serviço de espionagem, não se exigindo, embora esse seja o fim perseguido pelo autor, a demonstração potencial do risco pela espionagem (crime de perigo abstrato).

Finalmente, no inciso III, a consumação se verifica quando o autor ou terceiro (proporcionado pelo autor) usa meio de comunicação para pôr em risco a segurança externa, exigindo que se demonstre a exposição da segurança externa a perigo (crime de perigo concreto).

• **Tentativa:** é possível no caso em que o autor tenta acesso à informação mas é impedido por circunstâncias alheias à sua vontade, tendo já, para tal, praticado atos de execução que demonstrem sua intenção na obtenção da informação para espionagem. Obviamente, a modalidade culposa prevista para o *caput* não admite tentativa.

No caso do inciso I do § 1º, não entendemos possível a modalidade

tentada, porquanto aquele que tentar passar a informação para pessoa estrangeira, ou comprometer a eficiência bélica, o faz pela obtenção de um dado com o fim de espionagem, o que já configura a forma prevista no *caput* do artigo em estudo.

No caso dos incisos II e III do § 1º, a tentativa se afigura possível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o autor for militar federal da ativa.

No caso de inativo ou civil – aqui se incluindo o militar estadual não incorporado ao efetivo do Exército Brasileiro em razão de convocação ou mobilização –, a complementação deve dar-se com o inciso III do art. 9º do mesmo *Codex*.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, porquanto o delito não está abrangido pelo disposto no art. 122 do CPM.

9. REVELAÇÃO DE NOTÍCIA, INFORMAÇÃO OU DOCUMENTO

• **Tipo legal**

Art. 144. Revelar notícia, informação ou documento, cujo sigilo seja de interesse da segurança externa do Brasil:

Pena – reclusão, de três a oito anos.

Fim da espionagem militar

§ 1º Se o fato é cometido com o fim de espionagem militar:

Pena – reclusão, de seis a doze anos.

Resultado mais grave

§ 2º Se o fato compromete a preparação ou a eficiência bélica do País:

Pena – reclusão, de dez a vinte anos.

Modalidade culposa

§ 3º Se a revelação é culposa:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, no caso do artigo; ou até quatro anos, nos casos dos §§ 1º e 2º.

• **Objetividade jurídica:** é ainda a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa, civil ou militar, fazendo-se aqui a mesma observação acerca do sujeito ativo do delito capitulado no art. 141 do CPM (a tutela do bem jurídico será competência federal, portanto da Justiça Militar Federal, sendo despicienda a observação afeta à não sujeição de civis ao foro militar estadual). O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País (Estado).

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "revelar" (dar conhecimento, mostrar) e aqui o autor revela notícia (informal e de credibilidade menor), informação (pode ser formal e tem maior credibilidade) ou documento (adotando-se uma teoria ampla, documento seria toda a peça, em regra, "escrita que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato dotado de significação ou relevância jurídica"**[1057]** – neste caso o documento pode ser público ou particular) que era sigiloso e, portanto, restrito ao mínimo imprescindível de pessoas que precisam dele conhecer.

O objeto do delito (notícia, informação ou documento), além de sigiloso, deve referir-se à segurança externa do País, o que ataca a objetividade jurídica do tipo.

O legislador qualificou o delito na hipótese de a conduta buscar a espionagem, conforme dicção do § 1º, ou ainda se comprometer a preparação

(estudo, fabricação, testes, armazenamento de armas, munições, engenhos de guerra motomecanizados etc.) ou o bom emprego (eficiência) das forças do País.

A distinção entre as modalidades qualificadas deste delito e aquela prevista no inciso III do § 1º do artigo anterior não é fácil.

O inciso I do § 1º do art. 143 traz a seguinte redação, qualificando o delito: "se o fato compromete a preparação ou eficiência bélica do Brasil, ou o *agente transmite ou fornece*, por qualquer meio, mesmo sem remuneração, *a notícia*, informação ou documento, a autoridade ou pessoa estrangeira".

Note-se que a segunda parte do dispositivo *supra* (transmitir ou fornecer a notícia obtida, com o fim de espionagem – segundo o elemento subjetivo do *caput*) muito se aproxima da qualificadora constante do § 1º do artigo ora analisado, qual seja, "*revelar notícia*, informação ou documento, cujo sigilo seja de interesse da segurança externa do Brasil" (segundo o *caput*) – "se o fato é cometido com o *fim de espionagem militar*" (conforme o § 1º).

Além de a forma do § 1º do art. 144 restringir-se somente à notícia, não alcançando informação ou documento, a distinção principal entre as duas formas está no destinatário da divulgação, ou seja, se a revelação for para pessoa ou autoridade estrangeira, o fato será subsumido pelo art. 143, § 1º, I, com pena mais grave (reclusão de 10 a 20 anos); contudo, se a revelação não tiver por destinatário pessoa estrangeira, a subsunção deve ser verificada em face do § 1º do art. 144, quando a pena será menor (reclusão de 3 a 8 anos).

Também se pode notar semelhança entre a primeira parte do inciso I do § 1º do art. 143 (*se o fato compromete a preparação ou eficiência bélica do Brasil*) e o § 2º do art. 144, de idêntica redação.

Inicialmente, a distinção deve-se dar pelo núcleo "revelar", presente no art. 144 e não verificada na modalidade qualificada do art. 143. Com efeito, no art. 143 (inciso I, § 1º, segunda parte), não se exige a revelação da notícia, informação ou documento obtidos, bastando a mera obtenção, com o fim de

espionagem, que comprometa *a preparação ou eficiência bélica do Brasil*, ao passo que a revelação da notícia (e aqui o tipo penal somente a ela faz menção) é elemento típico do *caput* do art. 144, aproveitado para subsumir o fato do § 2º.

Outra distinção está no elemento subjetivo, porquanto o inciso I do § 1º do art. 143 (segunda parte) exige, por força da previsão do *caput*, o fim de espionagem, este elemento alheio ao § 2º do art. 144.

• **Elemento subjetivo:** admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de revelar o que é sigiloso. O § 1º traz um elemento subjetivo especial do tipo (dolo específico), pois aponta que a conduta deve ter o propósito de espionagem.

Há, ademais, a modalidade culposa prevista no § 3º, aplicável ao tipo simples e às formas qualificadas dos parágrafos.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor torna público o teor do documento, informação ou notícia que era sigilosa, presumindo-se o risco à segurança externa (crime de perigo abstrato).

Na modalidade do § 2º, exige-se a demonstração do risco à segurança externa pelo comprometimento da preparação ou da eficiência bélica do País (crime de perigo concreto).

• **Tentativa:** é possível somente no caso em que a revelação se der de forma escrita e por dolo, sendo interceptada antes de chegar ao seu destino, como se pode verificar, por exemplo, na transmissão por *e-mail*.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o autor for militar federal da ativa.

No caso de inativo ou civil – aqui se incluindo o militar estadual não incorporado ao efetivo do Exército Brasileiro em razão de convocação ou mobilização –, a complementação deve-se dar com o inciso III do art. 9º do

mesmo *Codex*.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, porquanto o delito não está abrangido pelo disposto no art. 122 do CPM.

10. TURBAÇÃO DE OBJETO OU DOCUMENTO

• **Tipo legal**

Art. 145. *Suprimir, subtrair, deturpar, alterar, desviar, ainda que temporariamente, objeto ou documento concernente à segurança externa do Brasil:*

Pena – reclusão, de três a oito anos.

Resultado mais grave

§ 1º Se o fato compromete a segurança ou a eficiência bélica do país:

Pena – reclusão, de dez a vinte anos.

Modalidade culposa

§ 2º Contribuir culposamente para o fato:

*Pena – detençã*o, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** é a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa, civil ou militar, fazendo-se aqui a mesma observação acerca do sujeito ativo do delito capitulado no art. 141 do CPM (a tutela do bem jurídico será competência federal, portanto da Justiça Militar Federal, sendo contemptível a observação afeta à não sujeição de civis ao foro militar estadual). O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País (Estado).

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "suprimir" (extinguir, eliminar, fazer desaparecer), "subtrair" (surrupiar, afanar, tirar à

socapa de onde deveria estar), “deturpar” (desfigurar), “alterar” (modificar, no todo ou em parte), “desviar” (tirar da rota que deveria seguir).

A conduta criminosa recai sobre “objeto” ou “documento”, desde que concernentes à segurança externa do País.

Por *objeto* deve-se compreender qualquer coisa móvel, capaz de ser suprimida, subtraída, deturpada etc. Já *documento* deve ser compreendido, conforme já anotamos, como toda a peça, em regra, “escrita que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato dotado de significação ou relevância jurídica”**[1058]**. Aqui, também, entendemos como possível postular que o documento objeto da ação pode ser público ou particular.

O legislador, qual em tipos anteriores, pune com maior rigor (qualificadora) a conduta que comprometer o bom emprego (eficiência) de armas, munições, engenhos de guerra motomecanizados etc., ou ainda a segurança externa do País que, em verdade, é a própria objetividade jurídica do delito.

• **Elemento subjetivo:** admite o dolo, assim como a culpa, esta expressa no § 2º.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor pratica qualquer dos verbos expressos no tipo, ou seja, quando suprime, subtrai, deturpa, altera ou desvia objeto ou documento, presumindo-se o perigo de lesão à segurança externa do País (crime de perigo abstrato).

Na modalidade do § 1º, exige-se a demonstração do risco à segurança externa pelo comprometimento da preparação ou da eficiência bélica do País (crime de perigo concreto).

• **Tentativa:** é admissível em todas as condutas, à exceção da modalidade culposa, desde que seja claro o fim a que se propôs o agente, vindo ele a ser interrompido durante a prática dos atos de execução. Por exemplo, o agente é surpreendido ateando fogo em recipiente que contenha documentos referentes à segurança externa, mas terceiro consegue extinguir o fogo antes que

ele atinja qualquer dos papéis em questão.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o autor for militar federal da ativa.

No caso de inativo ou civil – aqui se incluindo o militar estadual não incorporado ao efetivo do Exército Brasileiro em razão de convocação ou mobilização –, a complementação deve-se dar com o inciso III do art. 9º do mesmo *Codex*.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, porquanto o delito não está abrangido pelo disposto no art. 122 do CPM.

11. PENETRAÇÃO COM O FIM DE ESPIONAGEM

• **Tipo legal**

Art. 146. Penetrar, sem licença, ou introduzir-se clandestinamente ou sob falso pretexto, em lugar sujeito à administração militar, ou centro industrial a serviço de construção ou fabricação sob fiscalização militar, para colher informação destinada a país estrangeiro ou agente seu:

Pena – reclusão, de três a oito anos.

Parágrafo único. Entrar, em local referido no artigo, sem licença de autoridade competente, munido de máquina fotográfica ou qualquer outro meio hábil para a prática de espionagem:

Pena – reclusão, até três anos.

• **Objetividade jurídica:** é a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa, civil ou militar,

fazendo-se aqui a mesma observação acerca do sujeito ativo do delito capitulado no art. 141 do CPM (a tutela do bem jurídico será competência federal, portanto da Justiça Militar Federal, sendo lançadiça a observação afeta à não sujeição de civis ao foro militar estadual). O sujeito passivo é o País (Estado), titular do bem jurídico aviltado.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "penetrar", entrar, transpor local sob a Administração Militar, ou centro industrial (de construção ou fabricação) sob fiscalização militar.

Como defendemos nos comentários à Parte Geral, *lugar sujeito à administração militar*, em nossa compreensão e na ausência de norma legal definidora, deve compreender três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Fixação importa em defender que estamos tratando de "lugar", e não de "algo" no sentido de um objeto. Nas várias acepções da palavra "lugar", sempre se refere a um espaço físico, dando a entender que se trata de um ambiente fixo, ou seja, não móvel. Assim, por exemplo, define-se lugar como "país, cidade, povoação, região não especificada"**[1059]**, ou então como "área de limites definidos ou indefinidos"**[1060]**. A fixação, no entanto, pode ser suprida pela *amplitude*, ou seja, embora não sendo fixo, o lugar será reconhecido como sujeito à Administração Militar *amplo* a ponto de comportar em seu interior um efetivo militar devidamente comandado, instalando-se, pois, uma disciplina militar. Assim, um quartel é um ambiente que pode ser enquadrado no conceito de lugar, bem como um navio ou uma aeronave de grande porte. Não podem ser enquadrados nesse conceito, contudo, uma motocicleta da Polícia Militar ou um bote inflável da Polícia Militar Ambiental.

Ainda, embora fixo e/ou amplo, é preciso que a Administração Militar possa dispor, mesmo que por período determinado, do lugar, isso de forma plena ou predominante. Não podem ser enquadrados como locais sujeitos à Administração Militar aqueles dos quais a Administração apenas zela, sem exercer uma real administração, a exemplo do que ocorre com as áreas de segurança militar criadas por resolução. Nestas geralmente adstritas a quartéis, a permeabilidade com o trânsito de qualquer pessoa é notória, não havendo plena

administração do local por parte da Administração Militar. *In exemplis*, se o Comandante de uma Unidade desejar mudar o estacionamento ou a mão de direção de veículos no interior do quartel, poderá fazê-lo sem problemas, visto que administra esse ambiente; se quiser, por outro lado, alterar a mão de direção da via pública em frente ao quartel, situada em área de segurança militar, deverá solicitar o concurso e autorização do órgão responsável pela engenharia de tráfego, pois não administra predominantemente esse ambiente, podendo apenas dele zelar e adotar algumas medidas restritivas em situações esporádicas, como a instalação de obstáculos para redução da velocidade e circulação em épocas de distúrbios civis ou por questões comprovadas de segurança. Claro que nem sempre haverá a administração plena, mas ela deve ser preponderante. Como exemplo, tome-se um quartel instalado em prédio tombado, que sofrerá inúmeras restrições para a reforma, mas que, apesar disso, o Comandante administra preponderantemente o ambiente. Aqui vale lembrar que associações e clubes não integram a Administração Militar, não se podendo confundir lugar sujeito à Administração Militar com lugar administrado por militares, já que esta realidade pode ocorrer no caso de pessoas jurídicas de direito privado ou mesmo de pessoas jurídicas de direito público, mas integrantes da Administração indireta, ou seja, não integrantes da Administração Militar, como a Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Por fim, há que se defender que o lugar sujeito à Administração Militar também deve ser guarnecido com efetivo de segurança, ou ao menos com defensas que o caracterizem como um ambiente ocupado e administrado por uma força militar.

A lesão à objetividade existe porque tal entrada ocorre sem licença (autorização de quem tenha poder de decisão no local), clandestinamente (às escondidas ou por passagem que não seja regular) ou sob falso pretexto (iludindo aquele que guarda o local com artifício ou ardil que lhe franqueia a entrada). Toda essa arquitetação se presta exclusivamente para colher informação destinada a país estrangeiro ou a agente seu, configurando-se ato de espionagem, que define o *nomen juris* (*penetração* "*com o fim de espionagem*").

Deve-se ter muito cuidado na análise deste delito para que não seja ele confundido com o crime de *ingresso clandestino* grafado no art. 302 do CPM, que

assim dispõe: “penetrar em fortaleza, quartel, estabelecimento militar, navio, aeronave, hangar ou em outro lugar sujeito à administração militar, por onde seja defeso ou não haja passagem regular, ou iludindo a vigilância da sentinela ou de vigia...”.

Com efeito, as condutas nucleares dos dois tipos penais, que caracterizam a tipicidade objetiva dos delitos, são idênticas, devendo a distinção ser feita no campo da tipicidade subjetiva. É dizer que o tipo penal do art. 146 exige um elemento subjetivo específico, a saber, o fim de espionar. Já no crime de ingresso clandestino (art. 302), exige-se apenas o dolo (elemento subjetivo genérico) de ingressar nos locais discriminados pelo tipo, de forma indevida (veladamente, por engodo etc.).

O legislador, no parágrafo único, pune também aquele que entra, sem autorização, munido de máquina fotográfica ou aparelho similar (filmadora, *scanner* e, na atualidade, até alguns modelos de aparelhos de telefonia celular que transmitem imagens) em locais dessa ordem.

• **Elemento subjetivo:** na modalidade do *caput*, exige-se o elemento subjetivo específico do injusto (antigo dolo específico), caracterizado pela intenção, vontade livre e consciente de entrar em local que lhe era defeso, com o fim de colher informação para país estrangeiro ou agente dele.

Na temática do elemento subjetivo, cumpre, ainda, investigar se a modalidade do parágrafo único deve conformar a mesma tipicidade subjetiva exigida pela modalidade do *caput*, ou seja, se há necessidade, para se verificar a forma do parágrafo único, de que o agente ingresse nos locais definidos com o fim de praticar espionagem.

Em primeiro aporte, poder-se-ia dizer que a rubrica do delito indica que é preciso haver o elemento subjetivo específico também na figura do parágrafo único, já que o delito se chama *penetração com o fim de espionagem*.

Todavia, em análise mais acurada, perceberemos que a modalidade do parágrafo único não se trata de uma qualificadora, mas de um tipo que comporta pena inferior**[1061]** à do tipo-base, indicando, topograficamente, que a figura em questão é mais branda, contém uma reprovação menor por parte do

legislador, configurando-se em uma subsidiariedade tácita.

Essa construção permite afirmar que, no caso da modalidade do parágrafo único, desnecessário é investigar o elemento subjetivo nos moldes da figura do *caput* do artigo; basta o simples dolo de ingresso com aparelho que possa captar e retransmitir imagens e, com isso, servir à espionagem, ainda que o agente não possua essa intenção.

Para entender nossa posição, basta que o estudioso imagine que aquele que ingressa em uma indústria metalúrgica que fabrique peças de armamento, tendo por fim captar imagens com uma máquina fotográfica para fornecê-las a país estrangeiro, terá sua conduta subsumida pela figura do *caput*, e não pela figura do parágrafo único. O que prevalece no exemplo é o fim de espionagem, não importando se o agente muniu-se de material de anotação, aparelho de captação de imagem ou se confiou em sua capacidade de memorizar situações.

Construção diversa poderíamos ter se a pena da figura do parágrafo único fosse maior do que aquela cominada para a conduta do *caput*, quando então, claramente, o legislador estaria a reprovar com maior veemência o ingresso para espionagem munido de aparelhos de captação de imagem pela maior facilidade de se transmitir os segredos bélicos.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor penetra em local onde não deveria estar, mesmo que não consiga qualquer informação. Não se exige, ademais, que haja demonstração de risco à segurança externa, sendo presumido esse risco pela simples prática das condutas, na modalidade simples ou na modalidade do parágrafo único (crime de perigo abstrato).

• **Tentativa:** impossível, pois ou se entra ou não se entra em local proibido (crime unissubsistente).

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o autor for militar federal da ativa.

No caso de inativo ou civil – aqui se incluindo o militar estadual não

incorporado ao efetivo do Exército Brasileiro em razão de convocação ou mobilização –, a complementação deve-se dar com o inciso III do art. 9º do mesmo *Codex*.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, porquanto o delito não está abrangido pelo disposto no art. 122 do CPM.

12. DESENHO OU LEVANTAMENTO DE PLANO OU PLANTA DE LOCAL MILITAR OU DE ENGENHO DE GUERRA

• **Tipo legal**

Art. 147. Fazer desenho ou levantar plano ou planta de fortificação, quartel, fábrica, arsenal, hangar ou aeródromo, ou de navio, aeronave ou engenho de guerra motomecanizado, utilizados ou em construção sob administração ou fiscalização militar, ou fotografá-los ou filmá-los:

Pena – reclusão, até quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** é a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa, civil ou militar, fazendo-se aqui a mesma observação acerca do sujeito ativo do delito capitulado no art. 141 do CPM (a tutela do bem jurídico será competência federal, portanto da Justiça Militar Federal, sendo contemptível a observação afeta à não sujeição de civis ao foro militar estadual). O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, como nos delitos anteriores, é o País.

• **Elementos objetivos:** a primeira conduta nuclear é "fazer" desenho, significando o ato de reproduzir por traços uma imagem. O tracejamento pode ser por meio mecânico ou virtual, como o traço em *hardwares* (*palmtops*, *laptops* etc.).

Também configura conduta nuclear o "levantamento" de imagens

(planos e plantas de fortificação etc.). Levantamento, aqui, tem o sentido de obtenção, de descoberta, de modo que se possa utilizar *a posteriori*.

Por fim, a reprodução do plano ou das plantas também pode-se dar pela captação de imagens por máquinas fotográficas, filmadoras, *scanners*, enfim, todo e qualquer equipamento que capte com fidelidade a imagem.

As condutas nucleares devem recair sobre planos de construção ou sobre plantas de execução de fortificação, de quartel, de fábrica, de arsenal, de hangar ou de aeródromo, ou de navio, de aeronave ou de engenho de guerra motomecanizado, utilizados (prontos, construídos) ou em construção sob administração ou fiscalização (a serviço e, mesmo não sendo de propriedade militar, estar sob o controle dela) militar.

Fortificação é compreendida como a construção destinada à defesa de um local, uma praça, uma cidade etc. *Quartel* deve ser tomado como o edifício onde está estacionado de maneira permanente ("aquartelado") um contingente de militares (Regimento, Batalhão, Grupo etc.). A elementar *fábrica* compreende o parque industrial onde se processa a transformação de matéria-prima em produto para o emprego bélico. *Arsenal* é o local, o estabelecimento onde se fabricam e guardam armas, munições e petrechos de guerra. *Hangar* é a construção destinada a abrigar, no caso do tipo em estudo, aeronaves. *Aeródromo* é a superfície destinada ao pouso e à decolagem de aeronaves. *Navio,* conforme expõe o § 3º do art. 7º do próprio Código Penal Militar, é "*toda embarcação sob comando militar*". *Aeronave* deve ser compreendida como todo e qualquer aparelho, com a função de transporte pessoal ou material, capaz de se sustentar e se conduzir no ar. Por fim, *engenho de guerra motomecanizado* é a máquina, aparelho ou mecanismo com emprego bélico, destinado a potencializar a capacidade de emprego em terra de uma força militar, seja pelo aumento da velocidade de emprego, seja pelo aumento do poder de fogo, ou mesmo com incremento de ambos, a exemplo dos carros de combate.

O delito em estudo, convém ressaltar, é dotado de subsidiariedade expressa, conforme se verifica no preceito secundário ao cominar pena de *reclusão, até quatro anos, "se o fato não constitui crime mais grave".* Assim, por

exemplo, se o agente ingressa clandestinamente em quartel para colher informação com o escopo de espionagem e acaba desenhando um engenho de guerra motomecanizado, o delito a subsumir o fato será o do *caput* do art. 146, *penetração com o fim de espionagem*, sendo a conduta de *fazer desenho de engenho de guerra motomecanizado*, constante do art. 147, absorvida, por ser subsidiária.

Por fim, frise-se que a pena cominada será de reclusão de um a quatro anos, fixando-se a pena mínima, em face da ausência de previsão expressa, conforme disposto no art. 58 do CPM.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, neste caso, sem a indicação de finalidade. Em outros termos, não há necessidade, por exemplo, de que o agente pratique uma das condutas nucleares com o escopo de espionagem.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor confecciona o desenho, fotografa ou filma o objeto do delito ou ainda levanta seu plano ou planta. Não se exige que haja demonstração de risco à segurança externa, sendo presumido esse risco pela simples prática das condutas nucleares (crime de perigo abstrato).

• **Tentativa:** possível, exceto nos casos em que a conduta se exaura em si mesma, como a fotografia e a filmagem do objeto.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o autor for militar federal da ativa.

No caso de inativo ou civil – aqui se incluindo o militar estadual não incorporado ao efetivo do Exército Brasileiro em razão de convocação ou mobilização –, a complementação deve dar-se com o inciso III do art. 9º do mesmo *Codex*.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, porquanto o delito não está abrangido pelo disposto no art. 122 do CPM.

13. SOBREVOO EM LOCAL INTERDITO

• Tipo legal

Art. 148. Sobrevoar local declarado interdito:

Pena – reclusão, até três anos.

• **Objetividade jurídica:** é a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa, civil ou militar, fazendo-se aqui a mesma observação acerca do sujeito ativo do delito capitulado no art. 141 do CPM (a tutela do bem jurídico será competência federal, portanto da Justiça Militar Federal, sendo desprezível a observação afeta à não sujeição de civis ao foro militar estadual). O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é o País.

• **Elementos objetivos:** a conduta é "sobrevoar", ou seja, pairar ou se deslocar (por ar) por cima de local que foi declarado interdito, proibido, restrito.

Para subsumir o fato, basta que o autor, de qualquer forma (avião, planador, ultraleve, balão, paraquedas etc.), passe por sobre ou paire sobre local cujo espaço aéreo foi proibido ou restrito.

O art. 15 do CBA (Lei n. 7.565, de 19-12-1986) dispõe que, "por questão de segurança da navegação aérea ou por interesse público, é facultado fixar zonas em que se proíbe ou restringe o tráfego aéreo, estabelecer rotas de entrada ou saída, suspender total ou parcialmente o tráfego, assim como o uso de determinada aeronave, ou a realização de certos serviços aéreos".

A interdição, no caso do tipo em estudo, deve-se dar por interesse público, por conta de se estar protegendo situação ou circunstância que não se deseja, por motivos de segurança nacional, que seja do conhecimento de outras pessoas que não aquelas que, por força de ofício, têm conhecimento da informação. Dessa forma, aquele que sobrevoa local interdito por razão de segurança do tráfego aéreo não estará praticando o delito em apreço, uma vez que o bem jurídico tutelado não está sendo ofendido.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e

consciente de sobrevoar local que não poderia.

Portanto, para o preenchimento do elemento subjetivo é preciso que a interdição seja conhecida do agente ou, do contrário, impedirá a sua responsabilização em face da previsão disposta na primeira parte do art. 36 do Código Castrense, ou seja, o erro de fato essencial que terá por consequência a isenção de pena[1062].

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor penetra em espaço aéreo que não lhe era permitido. Não se exige que haja demonstração de risco à segurança externa, sendo presumido esse risco pela simples prática das condutas nucleares (crime de perigo abstrato).

• **Tentativa:** não é possível em vista de ser o delito unissubsistente, de ação única, de mera conduta, ou seja, ou se entra ou não se entra em espaço aéreo defeso.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o autor for militar federal da ativa.

No caso de inativo ou civil – aqui se incluindo o militar estadual não incorporado ao efetivo do Exército Brasileiro em razão de convocação ou mobilização –, a complementação deve-se dar com o inciso III do art. 9º do mesmo *Codex*.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, porquanto o delito não está abrangido pelo disposto no art. 122 do CPM.

14. *SURSIS*, LIVRAMENTO CONDICIONAL E LIBERDADE PROVISÓRIA

Os delitos previstos neste capítulo são insuscetíveis de suspensão condicional da pena, conforme expõe o art. 88, II, *a*, do CPM. O livramento

condicional somente é cabível após o cumprimento de dois terços da pena, na dicção do art. 97 do diploma penal castrense.

A liberdade provisória também não poderá ser concedida nestes delitos, nos termos das alíneas *a* ou *b* do parágrafo único do art. 270 do CPPM.

CRIMES MILITARES EM TEMPO DE PAZ: DOS CRIMES CONTRA A AUTORIDADE OU DISCIPLINA MILITAR

1. DO MOTIM E DA REVOLTA

1.1. Motim

- **Tipo legal**

Art. 149. Reunirem-se militares ou assemelhados:

I – agindo contra a ordem recebida de superior, ou negando-se a cumpri-la;

II – recusando obediência a superior, quando estejam agindo sem ordem ou praticando violência;

III – assentindo em recusa conjunta de obediência, ou em resistência ou violência, em comum, contra superior;

IV – ocupando quartel, fortaleza, arsenal, fábrica ou estabelecimento militar, ou dependência de qualquer deles, hangar, aeródromo ou aeronave, navio ou viatura militar, ou utilizando-se de qualquer daqueles locais ou meios de transporte, para ação militar, ou prática de violência, em desobediência a ordem superior ou em detrimento da ordem ou da disciplina militar:

Pena – reclusão, de quatro a oito anos, com aumento de um terço para os cabeças.

• **Objetividade jurídica:** o bem jurídico protegido por este tipo penal é certamente a disciplina militar, pois é inequívoco que um grupo de militares recalcitrantes à ordem superior e à ordem pública a atinja frontalmente. Da mesma forma, tutela-se a autoridade militar, tanto a do superior que teve sua determinação descumprida quanto a da lei ou norma que venha a ser violada.

É de ressaltar que os bens tutelados acima possuem relevo constitucional, porquanto a norma fundamental alicerça as instituições militares na hierarquia, materializadora da autoridade, e na disciplina, conforme se verifica no *caput* do art. 42 – com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 18/98 – para as Polícias Militares e para os Corpos de Bombeiros Militares, bem como no *caput* do art. 142, para as Forças Armadas.

• **Sujeitos do delito:** trata-se de crime plurissubjetivo, sendo delito de concurso necessário, condição que fica clara pela utilização dos termos no plural ("militares" e "assemelhados"**[1063]**), bastando que existam dois militares para que seja possível o cometimento do delito.

A norma impõe como autores militares ou assemelhados. Como já amplamente discutido na Parte Geral, na atualidade inexiste a segunda figura, restando, dessa forma, tão só, os militares como sujeitos ativos.

O elemento típico "militar", aqui designado no plural, deve ser compreendido nos termos do art. 22 do CPM, ou seja, como militar em situação de atividade (que não se confunde com militar em serviço), o que, de pronto, afasta a sujeição ativa do delito por militares de inativos**[1064]**, exceto se equiparados a militares da ativa, na dicção do art. 12 do mesmo *Codex* ou, ainda sob previsão expressa do Código Castrense, se houver concurso do militar inativo com, ao menos, dois militares em serviço ativo, ocasião em que a elementar "militar" comunicar-se-á com os militares que já não pertencem ao serviço ativo (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM).

Apenas para clarear as hipóteses acima, tomemos os seguintes exemplos:

a) se um militar da ativa e um militar inativo se recusarem, ambos, a cumprir ordem de superior hierárquico, não haverá ocorrência do delito em

apreço;

b) se um militar da ativa e um militar inativo, estando este último em emprego regular na Administração Militar (art. 12 do CPM), se recusarem conjuntamente a cumprir ordem de superior hierárquico, poderá haver o delito;

c) se dois militares em serviço ativo juntamente com um militar inativo, ainda que não empregado regularmente na Administração Militar, ocuparem um quartel contrariando ordem superior, os três, em tese, estarão na prática de motim, porquanto, uma vez cometido o delito pelos dois militares da ativa, o terceiro agente será considerado, também, militar em serviço ativo, pela comunicação de elementares do tipo penal, de que trata o art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM, de sorte que a existência dos dois militares da ativa como autores dá condição de existência para o delito em estudo, o que não ocorre no primeiro exemplo que mencionamos, em face de se tratar tão somente de um militar em situação de atividade.

Quanto ao civil – e aqui nos restringimos à esfera federal –, entendemos que há possibilidade de sua figuração no polo ativo do delito, como coautor (somente nas modalidades comissivas) ou partícipe (nas modalidades omissivas ou comissivas, desde que não seja pela aliciação, que pressupõe o induzimento, ou pelo incitamento, porquanto se configurará delito autônomo, previsto no art. 154 ou no art. 155, ambos do CPM), desde que haja o concurso com dois outros militares da ativa, tal qual o exemplo supraconsignado (exemplo exposto na letra “c”).

No caso das modalidades comissivas, parece-nos que o art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM resolve a questão, devendo o civil ser considerado, por comunicação de elementar, militar da ativa, podendo pois, figurar no polo ativo como coautor.

No caso das modalidades omissivas, no entanto, a doutrina penal postula ser impossível a codelinquência, exceto se o dever de ação se impuser, diretamente e não pela via de comunicação de elementar, a todos os concorrentes. No caso do motim, para o militar da ativa esse dever é inerente ao tipo penal, que exige plurissubjetividade para a sua consecução, sendo inequívoco que dois militares da ativa, unidos em propósitos, ao se recusarem cumprir

ordem de superior, estarão em prática delitiva de motim, porquanto ambos possuem o dever de acatar, agir conforme a ordem emitida do superior, salvo se ilegal ou absurda.

Sendo o militar inativo – à exceção do militar da reserva não remunera-da –, o fato de sua passagem para a inatividade não faz cessar o dever de acatamento de ordens superiores. Todavia, como o tipo penal prevê a possibilidade de somente o militar da ativa praticar o delito (compreensão da palavra "militares"), o inativo só poderá figurar no polo ativo por via indireta, sendo equiparado (art. 12 do CPM), pois aí será militar da ativa para fins penais militares, ou se praticar o delito em companhia de ao menos dois militares da ativa.

Já no caso do civil, nas modalidades omissivas do motim, não pode ele figurar como coautor, mas tão só como partícipe, pois, mais uma vez afirmamos, a coautoria em crime omissivo somente se verifica se a obrigação de ação for comum aos concorrentes, o que inexiste no caso do civil. Nesse sentido, Rogério Greco, ao assinalar que acredita ser "possível a coautoria nos crimes omissivos, desde que cada agente possua o dever de agir naquele determinado caso concreto"**[1065]**. Na mesma linha Bitencourt, ao defender que se "o agente estiver obrigado a agir, não será partícipe, mas autor ou, como pensamos ser possível, coautor, desde que haja uma consciência de anuir à omissão de outrem"**[1066]**.

Ora, o civil não tem obrigação de acatar ordem de um superior militar, mesmo porque não possui relação hierárquica que o vincule para fins penais militares, ou, em outras palavras, não possui superior. Nesse diapasão, não há diretamente o dever imposto de acatamento, sob pena de, não acatando a ordem, incidir como coautor na forma omissiva do delito de motim.

De outro lado, perfeitamente possível a chamada participação, por ação, em crime omissivo, que não se confunde com a participação por omissão em crime comissivo. Como exemplo, poderia ser partícipe, *in thesi*, de motim o civil que induzisse (aliciasse) ou incitasse um grupo de militares a ocupar um quartel contrariamente à ordem de superior. Nesse sentido, preciosas as lições de Bitencourt, que assim consigna:

“Não se pode confundir *participação em crime omissivo* com participação por omissão em crime comissivo. A participação no crime omissivo ocorre normalmente através de um agir positivo do partícipe que favorece o autor a descumprir o comando legal (tipificador do crime omissivo). O paciente que *instiga* o médico a não comunicar a existência de uma enfermidade contagiosa às autoridades sanitárias não é *autor* de delito autônomo, mas *partícipe* de um crime omissivo. Já o caixa que deixa o cofre aberto para facilitar o furto é *partícipe*, com sua ação omissiva, de um crime comissivo. Assim como o crime comissivo admite a participação através de omissão, o crime omissivo também admite a participação através de comissão. O que ocorre – segundo Bustos Ramires – é a impossibilidade de participação omissiva em crime omissivo, sob a modalidade de instigação. Não se pode instigar através de omissão, pela absoluta falta de eficácia causal dessa *inatividade*”**[1067]**.

Entretanto, a participação, por comissão em modalidade omissiva de motim, conforme o exemplo supracitado, sucumbirá, visto que, para o civil que não tem o dever de obediência, a subsunção se dará em tipo penal autônomo, seja o de *aliciação* (art. 154 do CPM), seja o de *incitamento* (art. 155 do CPM), isso em nome do princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali*).

Busquemos, mais uma vez, os exemplos para tornar nossa visão atingível por todos no caso da sujeição ativa do civil no delito de motim, em suas formas comissivas e omissivas:

a) se um civil mais dois militares da ativa estiverem ocupando um quartel, forma comissiva de motim prevista na 1ª parte do inciso IV do art. 149, poderá o civil ser coautor do delito, porquanto, ainda que o tipo penal restrinja-se a “militares”, será ele considerado como tal em face da comunicação das circunstâncias pessoais que se caracterizam como elementares do tipo, pela regra do concurso de agentes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM);

b) se um funcionário civil, responsável pela guarda das chaves de viaturas, sabedor de que um grupo de amotinados pretende tomar veículos militares para, com isso, praticar violência, deixar as chaves expostas para que os amotinados alcancem seu intento, poderá figurar como partícipe em modalidade

comissiva de motim, prevista na 2ª parte do inciso IV do art. 149 do CPM;

c) se um civil acompanhar dois ou mais militares da ativa em uma passeata por reivindicação salarial em frente ao Comando Militar do Sudeste, em São Paulo, e um superior dos militares envolvidos der ordem expressa para que deixem aquele local, porquanto turbam o bom andamento das atividades cotidianas do complexo de prédios da Administração Militar, se houver recusa em cumprir a ordem por parte de todos, entendemos não ser possível que o civil figure no polo ativo do delito; a coautoria, nesta forma omissiva, está afastada, uma vez que não possui ele o dever de acatamento da ordem; a participação, da mesma forma, não se pode reconhecer, já que o fato de simplesmente acompanhar o efetivo de militares e, em momento posterior, recusar-se a cumprir a ordem, não configura incitamento ou aliciação para que os militares se recusem a cumprir a ordem;

d) da mesma maneira, na situação acima, se em face da ordem superior o civil passar a insuflar, ou seja, instigar, incitar, reforçar a ideia do grupo de militares para que, coletivamente, sejam omissos no acatamento da ordem, também não poderá ele, o civil, figurar no polo ativo deste delito, pois, ainda que tenha participado, com a ação de incitar, da modalidade omissiva de motim, o princípio da especialidade comandará que a adequação típica se dê pelo delito previsto no art. 155 do CPM;

e) derradeiramente, se um civil, ciente da ordem de um superior a seus subordinados para que voltem ao trabalho, gera a ideia de que não seja obedecida a ordem (induzindo, ou mais precisamente *aliciando*), também não poderá ele, o civil, figurar no polo ativo deste delito, já que, ainda que tenha participado, pela ação de aliciar (seduzir ou induzir), da modalidade omissiva de motim, o princípio da especialidade comandará que a adequação típica se dê pelo delito previsto no art. 154 do CPM.

Do exposto, é de ressaltar que a possibilidade de o militar em situação de inatividade ou o civil figurarem no polo ativo do delito em estudo não é aceita de forma inconteste pela doutrina. Em sentido oposto – postulando que o civil e o inativo jamais cometerão delitos propriamente militares, como o é o motim –, tomem-se as lições de Célio Lobão**[1068]**.

Figura no polo passivo o titular do bem jurídico atingido, a saber, a Instituição Militar, seja ela federal ou estadual, mesmo porque a autoridade e a disciplina constituem sua própria essência.

• **Elementos objetivos:** o motim, como crime de coautoria necessária, implica a reunião de militares (já deixamos de mencionar os assemelhados por inexistirem no ordenamento jurídico atual) para que, unidos pelos mesmos propósitos, pratiquem atos contrários à ordem.

O tipo menciona "reunirem-se militares", não especificando o número mínimo de autores. O mesmo silêncio se opera no art. 53 do CPM, ao discorrer sobre a coautoria. Assim, resta-nos aceitar, como acima suscitado, que o número de amotinados em uma mesma ação poderá partir de dois, ou seja, são suficientes dois militares (evidentemente, preenchendo os requisitos do concurso de agentes que já indicamos na obra afeta à Parte Geral, mormente a unidade de desígnios, a união dos militares pelos mesmos propósitos) para se caracterizar este delito.

Tendo em mente as tropas federais, que quase sempre se dispõem em grandes frações (Divisões, Batalhões, Companhias), dois militares amotinados beiram o inverossímil, mas há que se lembrar que em muitas cidades interioranas do País o efetivo de serviço da Polícia Militar está restrito a esse número de militares (2), cujo motim assume proporção absoluta (todo o efetivo militar da cidade), o que então nos faz aceitar que esse pequeno número de pessoas pode perpetrar o delito em estudo.

Com certa frequência verificamos pessoas não afeitas ao Direito Penal Militar postularem que o crime de motim somente poderia ser perpetrado por no mínimo quatro militares, o que se configura uma impropriedade, uma vez que o tipo penal não exige tal número. A confusão, no entanto, encontra explicação pelo fato de pensarem no delito do art. 288 do CP comum (bando ou quadrilha), na previsão do Código Penal Militar anterior, que, ao tratar do motim e da revolta (art. 130), exigia para a configuração do delito a reunião de quatro ou mais militares[1069].

Passemos, pois, ao estudo das hipóteses dos incisos do crime de motim.

Na primeira parte do inciso I, os militares agem contra a ordem recebida de superior, implicando postura ativa (modalidade comissiva), em que os autores fazem algo contrário ao que deveriam, por força de ordem de superior, ordem essa que pode ser escrita ou verbal. Como exemplo, tomemos um pelotão que recebe ordem para uma instrução ou para um patrulhamento e, em vez de obedecê-la, dirige-se, sem ordem ou autorização, à sede do Comando para apresentação de suas reivindicações trabalhistas. Cabe aqui a observação de que superior, segundo art. 24 do CPM, para efeito de aplicação da lei penal militar, não é só aquele que tem posto ou graduação maior que o outro que está envolvido na questão, mas também aquele "que, em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação".

Na segunda parte do inciso I, prevê-se a situação em que os autores negam cumprimento à ordem superior, ou seja, adotam postura passiva em relação ao assunto da ordem (modalidade omissiva). Nesse caso, a negativa pode ser expressa (anuncia-se a intenção de não fazer ou se pratica algo quando a determinação impunha o inverso) ou tácita (silêncio em face da obrigação de fazer algo).

O inciso II, por sua vez, contém a situação em que os autores se recusam a obedecer a superior no momento em que estão agindo contrários à ordem ou praticando violência (física e não moral) contra a pessoa ou contra a coisa, sendo digno de nota que se militares estão praticando violência, evidentemente agem contra a ordem, exceto se estiverem escudados por excludentes de ilicitude. Assim, os autores já estão na prática ilegal quando sofrem a intervenção de superior que tenta resgatar a normalidade, oportunidade em que esse interventor não é acatado. Em verdade, essa situação denota maior gravidade, pois os militares, além de já estarem atentando contra a ordem, recusam obediência ao superior que tenta resgatá-la.

Ressaltamos, ainda no respeitante ao inciso II, que os agentes se encontram, no momento da intervenção, em prática de *ato ilegal*, mas não necessariamente *delituoso*. Para que possamos tornar clara nossa compreensão, tomemos dois exemplos, abaixo esmiuçados.

Um grupo de policiais militares, ao prender um estuprador, decidem

agredi-lo antes de sua apresentação à autoridade de polícia judiciária comum e, durante a agressão coletiva, são surpreendidos pelo Sargento Auxiliar do Comandante de Pelotão, que lhes dá a ordem direta para que cessem as agressões; ao se recusarem coletivamente a obedecer à ordem do superior, os agressores estarão, sem prejuízo de outros delitos, comuns ou militares, como lesão corporal e abuso de autoridade, em prática de motim; note-se que, nesse exemplo, os agentes estavam, sim, em prática de delito precedente ao motim.

Para o segundo exemplo, pede-se maior atenção por ser um ponto polêmico em que nossa compreensão parece destoar da doutrina reinante. Referimo-nos aos graves casos de greves de militares, principalmente dos militares dos Estados.

Com efeito, a greve é constitucionalmente vedada aos militares, sendo a eles defeso, tanto em âmbito federal (art. 142, § 3º, IV) como estadual (art. 42, § 1º), a ela aderirem. Agora, seria a adesão à greve um movimento coletivo de indisciplina caracterizador, *per se*, de motim?

Entendemos, com a devida vênia das vozes em sentido contrário na doutrina, que não.

É de notar que as modalidades afetas ao motim exigem a recusa coletiva a uma ordem que pode ser emitida de várias formas, por exemplo, pela linguagem oral ou escrita, mas exigindo-se que tenha ela um conteúdo tal que transmita a mensagem de que há uma consequência criminal para aqueles que resolverem não cumpri-la. Os militares que simplesmente paralisarem o serviço, portanto, ainda que incorram em grave transgressão disciplinar, não estarão, somente por isso, incursos no delito de motim, visto que não há uma ordem direcionada a eles para que não ajam daquela forma.

Poderiam alguns postular que a escala de serviço materializa uma ordem emitida por autoridade superior competente, em face da qual a recusa coletiva geraria a responsabilização pelo delito estudado; contudo, assim pensamos, tal concepção não pode prosperar. De fato, a escala de serviço constitui uma ordem, porém não se caracteriza em uma ordem com força de alerta suficiente para que aqueles que coletivamente a ignorarem incidam no

delito de motim, pois está ela alheia ao contexto de um movimento coletivo de indisciplina. Em outros termos, uma ordem dada diretamente a um grupo de pessoas, por forma que personifique a autoridade de seu emissor, o Comandante de Pelotão, por exemplo, no momento em que esse grupo esteja coletivamente em ato de indisciplina, contém força coativa muito maior que aquela ordem prévia, materializada pela escala de serviço, que ignora as circunstâncias futuras. A primeira é dada no fragor dos acontecimentos; a segunda é emitida no aconchego do gabinete, sem considerar o movimento coletivo de indisciplina.

Para os que não se convenceram da divergência entre as duas situações, basta imaginar uma conduta isolada de indisciplina: a falta ao serviço. Caso seja possível considerar a escala de serviço como ordem capaz de ser afrontada a ponto de preencher o conteúdo típico do art. 149 do CPM pela lesão aos objetos de tutela na norma, seguindo um raciocínio lógico, toda falta ao serviço caracterizaria delito de recusa de obediência (art. 163 do CPM), o que é, obviamente, descabido.

Por suposto, a situação de greve pode evoluir para o delito de motim, e aqui construímos propriamente nosso segundo exemplo para o inciso II. Imaginemos um grupo de militares do Estado em greve, paralisados em uma praça central da capital de um Estado. Todos eles, também imaginemos, estão escalados para o serviço de policiamento daquele dia em que decidiram entrar em paralisação. Verificando a lesão na preservação da ordem pública, o comandante daquele contingente se dirige à praça de reunião e emite a ordem direta para que todos assumam seus postos. Pois bem, com a recusa de dois ou mais militares em assumir o serviço, estaremos diante do delito de motim, nos termos da primeira parte do inciso II do art. 149. Note-se que todos estavam, sem ordem, praticando um ilícito administrativo disciplinar, não um delito, em razão da própria participação em greve, vedada pela Lei Maior, e mesmo em função da falta ou atraso ao serviço.

Em sede final na temática da greve, tranquilizamos o estudioso do Direito Penal Militar afirmando que concordamos em que não se pode transigir ante a possibilidade de paralisação total das atividades de órgãos de extrema importância, como o são os militares, o que nos leva à anuência da intervenção do Direito Penal Castrense para tutelar, ainda que antecipadamente, como

veremos na *conspiração*, a disciplina, e a autoridade, como se infere do tipo estudado, ou mesmo a ordem pública, extremamente afetada pelas greves. No entanto, o tipo penal não permite que a ordem despreocupada com a possível situação emergencial se configure em ordem hábil a, se descumprida, configurar o delito de motim.

Uma sugestão para que se evite o caos seria a possibilidade de o superior, simplesmente por ouvir o rumor acerca de uma paralisação futura, emitir uma ordem direta aos seus comandados no sentido de que não adiram à greve, sob pena da configuração de uma indisciplina coletiva caracterizadora de motim. Vejamos um exemplo: em um domingo o Comandante-Geral, por seu serviço de informações, tem a notícia de que, na segunda-feira próxima, haverá um movimento coletivo de reivindicação por melhores salários, inclusive com a adesão de militares que estarão no serviço de policiamento ostensivo; em face dessa notícia, previamente e considerando a anormalidade do movimento coletivo de indisciplina, o Comandante-Geral poderá emitir uma ordem para todo o efetivo policial militar no sentido de que nenhum militar do Estado em serviço deve participar das reivindicações, sob pena de, não acatada a determinação, configurar-se o motim (ou revolta, se armados); essa ordem, a nosso entender, possui, diferentemente da simples escala de serviço, a força necessária para a configuração do crime, uma vez que seu descumprimento significará lesão à disciplina e à autoridade militares.

No caso do inciso III, os militares assentem, concordam, consentem, anuem com a recusa conjunta de obediência ou com a resistência ou a violência. Não são os *cabeças* (definidos no art. 53, §§ 4º e 5º, do CPM), mas sim os que aderem a eles, aliando-se ao grupo, fortalecendo-o quantitativamente, o que por certo gera efeito na *agremiação* dos que ainda não se definiram em relação ao motim.

Note-se que o inciso em exame é muito semelhante ao delito de conspiração (art. 152 do CPM), porquanto ambos tratam de uma anuência para a prática de algumas modalidades de motim. No entanto, a distinção dos tipos penais deve dar-se junto ao verbo nuclear. No caso da modalidade estudada, há a mera concordância, o simples assentimento na prática de recusa coletiva, na

violência ou resistência contra superior, exigindo-se, porém, que o concerto já tenha sido ultrapassado. Já no caso da conspiração, a conduta nuclear é anterior, preparatória, para, posteriormente, se assim caminharem os fatos, haver a anuência coletiva à prática delitiva de motim.

Outro ponto de relevância diz respeito à incongruência do preceito secundário do tipo em estudo com o de crimes objetivados pelos agentes, como no caso do assentimento coletivo para a prática de violência contra superior. O delito do art. 157 (violência contra superior) possui pena cominada de detenção de três meses a dois anos, enquanto o inciso *sub examine* importará em pena de reclusão de quatro a oito anos, com acréscimo para os cabeças**[1070]**. Seria pior, portanto, que um grupo meramente assentisse em efetivamente praticar a violência contra superior, sendo importante verificar que a agressão coletiva ao superior não é uma das hipóteses consagradas pelos incisos do art. 149 do CPM. Guarde-se que, para que se possa ter congruência em nossa arguição, o dolo dos agentes deve estar voltado para a prática de conduta violenta contra um superior, pois, se houver apenas o ânimo de agressão a qualquer pessoa, a conduta poderia muito bem ser subsumida pelo tipo penal do art. 150 do CP castrense, sob a rubrica *organização de grupo para a prática de violência*.

Em ocorrendo a situação acima descrita, pensamos que o tipo penal do art. 157 deverá absorver a modalidade de motim em estudo, isso em nome do princípio da consunção. Verifica-se a consunção quando uma norma define um crime que é meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime**[1071]**, não necessariamente, mas podendo, ambos os delitos, tratar-se de afronta ao mesmo bem jurídico. “Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra mais abrangente, aplicando-se somente esta... Por isso, o crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano”**[1072]**. Como se vê, na consunção a análise recai sobre o fato concreto, que, previsto em duas normas penais, encontrará subsunção em apenas uma delas (*major absorbet minorem*).

A consunção se verifica nas hipóteses de crime progressivo, crime complexo ou progressão criminosa.

O crime progressivo caracteriza-se pela situação em que o agente, tendo em foco, desde o início, um resultado mais grave, pratica violações sequenciais e crescentes ao bem jurídico. “Há uma conduta comandada por uma só vontade, mas compreendida por diversos atos (crime plurissubsistente)”**[1073]**. Como exemplo, pode-se citar o militar que com ânimo, desde o início, de matar seu colega de farda, mune-se de objeto contundente com o qual desfere vários golpes na cabeça da vítima, causando-lhe a morte. Note-se que no exemplo, embora tenha havido várias condutas, a vontade desde o início era dar cabo à vida da vítima, configurando-se, portanto, em uma única ação a ser subsumida no tipo penal de homicídio (art. 205 do CPM).

O crime complexo é o resultado de dois ou mais fatos, criminalizados de forma autônoma, os quais compõem as elementares de um tipo penal diverso. O exemplo é o crime de latrocínio (art. 242, § 3º, do CPM), composto pelos delitos de roubo e de homicídio**[1074]**.

Por fim, a progressão criminosa pode comportar três situações: a progressão criminosa em sentido estrito, o *ante factum* não punível e o *post factum* não punível.

No caso da progressão criminosa *stricto sensu*, com a intenção inicial de alcançar determinado resultado, uma vez alcançando-o, o agente decide evoluir sua agressão no sentido mais grave. Tem-se aqui uma pluralidade de elementos subjetivos, no sentido de violar de forma crescente bens jurídicos. Exemplo claro se tem no caso do delito de violência contra superior com resultado morte (art. 157, § 4º, do CPM), em que a conduta antecedente e a consequente hão de ser dolosas.

O *ante factum* não punível é verificado quando um fato anterior menos grave for meio necessário para a realização de outro de maior gravidade**[1075]**. Note-se que se falou em fato como caminho necessário, e não em norma como caminho de execução, hipótese em que estaríamos diante de norma subsidiária. Como exemplo, tome-se um crime de falso (ex.: art. 311 do CPM) sendo absorvido pelo de estelionato (art. 251 do CPM). Verifica-se que a possibilidade de o estelionato absorver o crime de falso, no sistema do Código Penal Militar, não se torna incongruente, uma vez que a pena do crime de estelionato (*reclusão,*

de 2 a 7 anos) é superior à do delito de falsidade material (*sendo documento público, reclusão, de 2 a 6 anos; sendo documento particular, reclusão, até 5 anos*). Tal circunstância, no Código Penal comum, embora com guarida da Súmula 17 do STJ**[1076]**, é questionável na visão de parte da doutrina**[1077]**, tendo em conta que a pena do estelionato (*reclusão, de 1 a 5 anos, e multa*) é menor que a do delito de falsidade material (*reclusão, de 2 a 6 anos, e multa*).

Por fim, temos como modalidade de progressão criminosa *lato sensu* o fato posterior não punível, que se verifica quando o agente, após realizada uma conduta perfeitamente subsumida em um tipo penal, pratica novo ataque ao mesmo bem jurídico. Tome-se como exemplo, no diploma em estudo, o dano à coisa furtada pelo agente, ocasião em que o furto (art. 240) absorverá o dano (art. 259).

A consunção não se confunde com a subsidiariedade, que se verifica quando há "relação de primariedade e de subsidiariedade entre duas normas quando descrevem graus de violação de um mesmo bem jurídico, de forma que a norma subsidiária é afastada pela aplicabilidade da norma principal. Frequentemente se estabelece a punibilidade de determinado comportamento para ampliar ou reforçar a proteção jurídico-penal de certo bem jurídico, sancionando-se com graduações menos intensas diferentes níveis de desenvolvimento de uma mesma ação delitiva"**[1078]**. Pode ser ela expressa, quando o próprio preceito secundário do tipo aventar a possibilidade de que crime mais grave também subsuma o fato (e. g., art. 147 do CPM), tácita, quando "determinada figura típica funcionar como elemento constitutivo, majorante ou meio prático de execução de outra figura mais grave"**[1079]** (e. g., o crime de dano do art. 259 do CPM é subsidiário ao crime de furto com destruição de obstáculo do art. 240, § 6º, I, também do CPM; o crime de ameaça do art. 223 do CPM é subsidiário ao crime de roubo do art. 242 do CPM). Diferentemente da consunção, a subsidiariedade verifica-se na norma em abstrato, para, somente depois, ser trazida ao plano concreto para subsumir o fato.

Como se pode observar, nada fácil é definir se houve a solução do concurso aparente de normas pela subsidiariedade ou pela aplicação do princípio da consunção. Nesse mister, pedimos vênia para lançar mão dos ensinamentos

de Fernando Capez:

"...Na verdade, a distinção está apenas no enfoque dado na incidência do princípio. Na subsidiariedade, em função do fato concreto praticado, comparam-se as normas para se saber qual é a aplicável. Na consunção, sem recorrer às normas, comparam-se os fatos, verificando-se que o mais grave absorve os demais"**[1080]**.

Pois bem, voltando à análise do inciso III do art. 149 em face do delito de violência contra superior (art. 157 do CPM), embora haja, por inferência da capitulação, uma tutela ao mesmo bem jurídico, este delito (violência contra superior) consome aquele (motim, do inciso III).

No caso em espécie, analisando os fatos, e não as normas em foco, verificaremos que o fato de assentir na prática de violência contra superior é fato necessário para a prática efetiva da violência em concurso de pessoas. Teremos, então, que o tipo de dano (violência contra superior) consumirá o de perigo (motim pelo mero assentimento em prática de violência), sendo este *ante factum* não punível.

Com muita perspicácia, o atento operador notará, em primeira análise, uma construção incongruente, com base nas penas cominadas aos crimes. Há pouco, postulamos que, no Código Penal Militar, o estelionato poderia, passando ao largo da discussão que se firma no Código Penal comum, perfeitamente consumir o delito de falsidade material, em razão de o primeiro possuir pena mais elevada que o segundo. Todavia, considerando que a pena do delito de violência contra superior é menor que a cominada para o motim, seria possível o delito do art. 157 consumir o delito do art. 149, III, do CPM?

Inicialmente, devemos ressaltar que, pela visão do Superior Tribunal de Justiça, há essa possibilidade, conforme se infere do conteúdo da Súmula 17**[1081]**-**[1082]**, o que seria suficiente para sepultar a questão.

No entanto, outro ponto merece detida análise, qual seja, a identificação do motim como delito, de fato, mais grave que a violência contra superior. Em outros termos, será que, malgrado a cominação das penas, o motim, em comparação com a violência contra superior por vários agentes, é

uma agressão mais grave à disciplina e à autoridade militar? Será que a pena cominada pode ser, de forma inconteste, critério de mensuração de gravidade das infrações penais?

A nós parece que, em um sistema ideal, hermeticamente protegido da falibilidade humana, a resposta seria em sentido afirmativo; a pena seria critério inconteste para a gradação das infrações. Entretanto, considerando as humanas falhas do legislador, tal critério não pode ser absoluto.

Abarrotada está a doutrina de exemplos que demonstram o contrário, como a famosa situação em que a lesão corporal dolosa, em sua forma simples (art. 129 do CP), possui pena menor (*detenção, de 3 meses a 1 ano*) que uma lesão corporal culposa na condução de veículo automotor (art. 303 do CTB – pena: "detenção, de 6 meses a 2 anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor").

A incongruência suscitada acima parece repetir-se no caso dos tipos penais do Código Penal Castrense em estudo. Com efeito, mais grave que o mero assentimento coletivo em praticar violência contra superior é a efetiva prática da violência contra superior em concurso de pessoas; contudo, a pena deste, que não possui majoração por circunstâncias genéricas (agravantes ou causas genéricas de aumento de pena) ou especiais (qualificadoras ou causas especiais de aumento de pena), é inferior à daquele delito. Caminhou mal o legislador, porquanto, em nome da congruência do sistema, deveria ter apenado com muito mais rigor a violência contra superior praticada em concurso de pessoas, a exemplo do que fez com os crimes sexuais (art. 237, I, do CPM – causa especial de aumento de pena) ou com o crime de furto, em que o crime se qualifica quando praticado mediante o concurso de duas ou mais pessoas (art. 240, § 6º, IV, do CPM).

Em que pesem as considerações acima, com base no Direito posto, outra conclusão para o problema há de ser adotada, qual seja, a de entender que o dolo de violência contra superior é também dolo de prática de violência contra a pessoa por grupo, o que redundaria, como já suscitamos, na subsunção do fato na "organização de grupo para a prática de violência", do art. 150 do CPM, com pena idêntica àquela cominada para a modalidade de motim do inciso III. De

fato, muito embora entendamos estar a repressão aquém do ideal, é possível tipificar a conduta no art. 150, como veremos, apenas por uma forma de execução, qual seja, com o emprego de armamento ou material bélico, ficando, pois, várias outras situações fora do espectro criminalizador do tipo em apreço, o que levará a subsunção do fato para o art. 157 do CPM, sem a clamada majoração de pena.

Por fim, no inciso IV os autores se manifestam ocupando quartel, fortaleza, arsenal, fábrica ou estabelecimento militar, em sua totalidade ou em parte, hangar, aeródromo ou aeronave, navio ou viatura militar**[1083]**.

No que concerne à ocupação total das instalações supracitadas, bastará a mera presença coletiva no espaço delimitado como sujeito à Administração Militar para que o delito se verifique, desde que isso seja desencadeado em sentido contrário à ordem de superior ou que afronte a ordem ou a disciplina, conforme se denota da análise da parte final do inciso.

A ocupação de parte dos locais indicados (uma sala, um pátio etc.), ou ainda de hangar, aeródromo ou aeronave, navio ou viatura militar, no entanto, exige que os locais ocupados ou meios de transporte sejam utilizados para a consecução de ação militar, que, nos dizeres de Célio Lobão, "é movimentação própria de organização bélica, com armamento militar, como pistola, fuzil, metralhadora, cassetete, além de outros, excluindo-se a arma imprópria"**[1084]**, ocupação de outro espaço com emprego de carros de combate etc., contrariando ordem superior, o que necessariamente importará em detrimento da ordem e da disciplina militar, ou para a prática de violência (contra a pessoa ou contra coisas, desde que física, excluindo-se a violência moral), o que também afetará a ordem e a disciplina militares.

À guisa de exemplo, citemos um grupo de militares grevistas que, de folga, dirijam-se ao quartel ocupando-o e impedindo, por força disso, o desempenho das missões legais e cotidianas daquela Unidade, lesionando de forma ímpar a ordem e a disciplina militar. Note-se que, assim como discorremos acima, a greve, por si só, não configura o delito, mas o modo de manifestação pela ocupação de instalações turbando a ordem e a disciplina, sim.

No crime de motim a pena dos *cabeças* é majorada de um terço,

cumprindo esclarecer que a definição de “cabeças” está nos §§ 4º e 5º do art. 53 do CPM, já estudado na Parte Geral.

Finalmente, outro aspecto acerca do crime em estudo deve ser apreciado, qual seja, a atual tendência em conceder anistia a essa espécie de delito quando da prática de greve por militares.

Ao largo da discussão doutrinária e técnica da greve de militares, em evento isolado, em São Paulo em 1988, ou em cadeia, sequenciais e em vários outros Estados da Federação, de 1997 a 2009, os efetivos das Polícias Militares começaram a se manifestar por melhorias de condições de trabalho, em especial, a de salários.

Naturalmente, esses grupos usaram a paralisação das atividades profissionais como ferramenta de coação para pressionar os governos estaduais a atender as suas reivindicações. O sucesso de algumas empreitadas incentivou novos grupos ao mesmo comportamento e movimentos dessa ordem eclodiram no Rio Grande do Norte, na Bahia, em Roraima, Tocantins, Pernambuco, Mato Grosso, Ceará, Santa Catarina e Distrito Federal, à revelia da legislação penal militar.

Líderes desses movimentos aproveitaram-se da popularidade alcançada pela enorme divulgação dada pela imprensa às paralisações e lançaram suas candidaturas a cargos eletivos, alguns até com sucesso.

Dezenas de processos administrativos e disciplinares foram instaurados e instruídos, sendo o mesmo tanto de militares do Estado demitidos ou expulsos de suas instituições pela participação nas greves decorrentes dos movimentos reivindicatórios. Muitos dos processos penais ainda se arrastam pelo tempo, sem decisão definitiva.

Alheio ao tecnicismo imprescindível a uma positiva e eficaz especialização da justiça, o Poder Legislativo idealizou e o Presidente da República sancionou a Lei n. 12.191, de 13 de janeiro de 2010, que dispõe:

“Art. 1º É concedida anistia a policiais e bombeiros militares do Rio Grande do Norte, Bahia, Roraima, Tocantins, Pernambuco, Mato Grosso, Ceará,

Santa Catarina e Distrito Federal punidos por participar de movimentos reivindicatórios.

Art. 2º É concedida anistia aos policiais e bombeiros militares do Rio Grande do Norte, Bahia, Roraima, Tocantins, Pernambuco, Mato Grosso, Ceará, Santa Catarina e Distrito Federal punidos por participar de movimentos reivindicatórios por melhorias de vencimentos e de condições de trabalho ocorridos entre o primeiro semestre de 1997 e a publicação desta Lei.

Art. 3º A anistia de que trata esta Lei abrange os crimes definidos no Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e as infrações disciplinares conexas, não incluindo os crimes definidos no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e nas leis penais especiais.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".

Embora já tenhamos criticado a novel Lei na Parte Geral, entendemos também propício tecer alguns comentários neste ponto.

Anistia é instituto de competência da União, cabendo ao Congresso Nacional sua propositura, seguindo-se após a sanção do Presidente da República, nos termos dos arts. 21, XVII, e 48, VIII, da CF. Na legislação infraconstitucional, encontra amparo no art. 123, II, do CPM, sendo classificado como causa extintiva da punibilidade.

Segundo o caro Professor de Direito Penal da Academia de Polícia Militar do Barro Branco, Julio Fabbrini Mirabete, anistia é causa extintiva motivada por política criminal para moderar os rigores implacáveis da lei. Mais que isso, afirma o saudoso mestre:

"A anistia pode ocorrer antes ou depois da sentença, extinguindo a ação e a condenação e se destina a fatos e não a pessoas, embora possa exigir condições subjetivas para ser aplicada ao réu ou condenado. Tem a finalidade de fazer-se olvidar o crime e aplica-se principalmente aos crimes políticos. Pode ser geral ou restrita e incondicionada ou condicionada.

(...)

A anistia opera *ex tunc*, isto é, para o passado, apagando o crime e extinguindo todos os efeitos penais da sentença (pena pecuniária, *sursis*, pressuposto de reincidência, etc.). Não abrange, porém, os efeitos civis (dever de indenizar, perdimento de instrumentos ou produto do crime, etc.)".

Fica muito claro, em face disso, que a visão política do governo federal sobre os movimentos grevistas protagonizados por efetivos das Polícias Militares preponderou sobre os aspectos técnicos e militares, como não poderia deixar de ser por se tratar de instituto eminentemente político.

A lei sob estudo, contudo, não se restringiu à seara penal militar, e sim avançou sobre a administrativa. O legislador não se conteve em extinguir a punibilidade do crime de motim; ele anistiou também as infrações disciplinares conexas.

A anistia, nesse caso, deveria restringir-se à esfera penal, mesmo porque a competência nessa matéria é privativa da União. Não poderia a lei em questão anistiar as transgressões, sob pena de ferir o pacto federativo. A Lei Fundamental deu poderes à União para legislar exclusivamente sobre Direito Penal, assim como também lhe conferiu poderes para estabelecer as normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, em seu art. 22, XXI. Não parece razoável que a anistia concedida às trangressões disciplinares incorpore, observe esses parâmetros. Logo, por competência residual, caberia ao Estado a legislação sobre a matéria.

A ânsia de escudar os militares do Estado envolvidos em movimentos reivindicatórios por melhorias das condições de trabalho, em especial salariais, do alcance da lei foi tanta que o remédio jurídico encontrado extrapolou o seu alcance legal, derramando-se pela face administrativa da questão.

Cumpre-nos, agora, observar quais serão as consequências de mais uma manobra política que se olvidou do resguardo à hierarquia e à disciplina.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de macular a autoridade e a disciplina militares, seja pelo descumprimento de ordens dadas, seja pela prática de atos sem ordem, seja com a ocupação de

instalações ou o uso de viaturas para essa finalidade. O dolo, nesse caso, é direto, pois razão não há para falar em assunção de risco de eventual prática delituosa, uma vez que é inequívoco que qualquer dessas condutas caracteriza infração penal, e essa certeza elide o pretenso risco.

Note-se que, em sendo o inativo ou o civil considerados militares da ativa, por comunicação da elementar em ambos os casos ou por equiparação no caso do inativo, não será necessário o preenchimento do *elemento subjetivo especial do tipo*, na espécie de *delito de intenção*, ao qual nos referimos nos comentários à Parte Geral, porquanto teremos a subsunção complementando a tipicidade no inciso I do art. 9º, e não no inciso III do mesmo artigo.

Nas modalidades do inciso IV, que tiverem por fim a prática de ação militar ou de violência, dever-se-á verificar o elemento subjetivo especial do tipo (antigo dolo específico).

Questão interessante está na constatação ou não do elemento subjetivo quando militares, por exemplo, recusam-se a cumprir uma ordem legal que possa resultar em gravame criminal – art. 296, § 2º, do CPPM. Entendemos que o dispositivo do Código de Processo Penal Militar indicado consubstancia-se em um direito material grafado na lei processual, em alinho aos postulados constitucionais do devido processo legal e do direito ao silêncio, de sorte que a recusa em produzir prova contra si, seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão não pode configurar-se em delito, afastando-se a própria tipicidade da conduta, já que ordem dessa natureza – aquela que determina que a pessoa se curve em face da turbação de um direito material – deve ser considerada ilegal. Como exemplo, não há dolo de cometimento do crime de motim no caso de policiais militares acusados em um inquérito que, em comum acordo, recusem-se a fornecer material grafotécnico para perícia diante de uma ordem superior nesse sentido.

• **Consumação:** o *iter criminis* do delito se completa com a execução do verbo de cada qual das condutas descritas. Consuma-se, portanto, com a ação ou omissão contrária à ordem, com a negativa de obediência, com o consentimento diante do ato delituoso do grupo, com a ocupação delituosa do quartel (sentido amplo) ou da viatura militar.

• **Tentativa:** é possível nas formas comissivas, exceto no anúncio verbal do não cumprimento da ordem e na mera anuência do inciso III, por se tratar de formas unissubsistentes.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial**[1085]**.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

1.2. Revolta

Parágrafo único. Se os agentes estavam armados:

Pena – reclusão, de oito a vinte anos, com aumento de um terço para os cabeças.

Antes de iniciarmos os comentários acerca da revolta, urge consignar a singular visão de Célio Lobão, da qual discordamos, no sentido de que o traço distintivo entre motim e revolta não se deve concentrar na existência ou não de armas na posse dos integrantes do movimento coletivo de indisciplina. Para ele, "os autores do decreto-lei que editou o Código Penal Militar, equivocadamente, denominam de revolta a circunstância de os agentes encontrarem-se armados, quando, na verdade, essa circunstância qualifica o motim ou a revolta"**[1086]**. Para o eminente jurista, com interpretação originada da legislação italiana, a revolta caracterizar-se-ia pela maior violência da conduta praticada pelo grupo, podendo ser reconhecida, independentemente de estarem os agentes armados, no inciso II (segunda parte) e no inciso IV**[1087]**.

Com a devida licença do ilustre mestre, entendemos que a interpretação por ele idealizada está calcada em elementos alienígenas, alheios

ao Direito Penal Militar pátrio. O que se deve considerar, em verdade, é que o legislador penal militar rubricou o fato de os agentes estarem armados como revolta, o que basta para sacramentar que a revolta, que se configura pela presença de armas em posse dos agentes, é uma espécie de motim qualificado. Interpretação outra, que não a que postulamos, leva o intérprete, por exemplo, o juiz, a imiscuir-se na função legislativa, ferindo de morte a tripartição de funções do poder, conquista de extrema relevância no Estado Democrático de Direito.

Ingressando agora na análise da revolta, rogamos ao estudioso que busque a análise pormenorizada (objetividade jurídica, sujeito ativo etc.) no delito de motim, bastando aqui apenas nos referirmos aos seus pontos distintivos.

A revolta, como já postulamos, nome dado ao motim qualificado pela presença de armas, passa a existir, tecnicamente, quando, em meio ao grupo de amotinados, existirem dois agentes, pelo menos, que estejam armados. Note-se que o verbo nuclear é utilizado no plural ("estavam"), o que conduz à interpretação de que, se apenas um dos agentes estiver armado, o delito de motim não se qualificará como revolta.

Para que se verifique a presente qualificadora, basta que os militares do Estado estejam armados, ainda que não utilizem as armas efetivamente, podendo estar em punho, no coldre, sobre as vestes etc.; é necessário, no entanto, que os militares conheçam a condição de estar armado dos demais, ou, do contrário, aqueles que ignorarem a presença de armas responderão pelo tipo base (motim). Necessário que se note que, quando o legislador quis que a arma fosse efetivamente empregada, o fez de forma expressa, como se depreende do art. 157, § 4º, do CPM.

Pela construção *supra*, assim, é certo que em meio aos Militares dos Estados (especificamente às Polícias Militares), o delito sempre será qualificado se perpetrado por quem estiver em serviço, pois o armamento é equipamento obrigatório (salvo pouquíssimas exceções) no desempenho de seus misteres.

A qualificadora em questão deverá ser aplicada inclusive àqueles que não estão armados, pois, evidentemente, a presença de pelo menos duas pessoas armadas aumenta consideravelmente o potencial ofensivo do grupo dos amotinados, fator de sensível importância e repercussão ao falarmos de

atentados contra a autoridade e disciplina militares. Logo, aquele que se alia a um grupo com esse perfil se verá *beneficiado* pela força majorada pela presença de armas, mesmo que não seja ele que as porte. Acerca disso, lembra ainda Célio Lobão que o Superior Tribunal Militar, na Apelação n. 35.007, manifestou-se afirmando que "não há considerar-se a participação efetiva de cada um dos agentes, a não ser para lhes graduar a pena"**[1088]**. Destaque-se, todavia, que a qualificadora só deve ser aplicada ao militar desarmado que conheça o fato de existirem dois outros armados no grupo a que se aliou, sendo essa a conformação do elemento subjetivo.

Importante ressaltar que a desnecessidade de efetivo emprego da arma para qualificar o delito é tema controverso, havendo entendimento em sentido oposto.

A expressão "estavam armados" conduz à concepção de *arma* em sentido lato – não de armamento, como estudaremos no delito capitulado no art. 150, que se configura em substantivo de significação restrita –, ou seja, não se deve compreender obrigatoriamente a arma própria (objeto idealizado e produzido para servir como instrumento de agressão física), aceitando-se, também, a arma imprópria (qualquer objeto que tenha outra finalidade, mas que pode ser usado como instrumento de agressão – pé de mesa, tijolos, pedras, paus etc.) para que se qualifique o motim. Contudo, para que a arma imprópria seja invocada como qualificadora do motim, é necessário que tenha sido usada como instrumento de agressão ou de ameaça.

Assim como no motim, a pena dos *cabeças* é majorada, cumprindo esclarecer que a definição de "cabeças" está nos §§ 4º e 5º do art. 53 do CPM, já estudado na Parte Geral.

1.3. Organização de grupo para a prática de violência

- **Tipo legal**

Art. 150. Reunirem-se dois ou mais militares ou assemelhados, com armamento ou material bélico, de propriedade militar, praticando violência à

pessoa ou à coisa pública ou particular em lugar sujeito ou não à administração militar:

Pena – reclusão, de quatro a oito anos.

• **Objetividade jurídica:** os bens jurídicos protegidos por este tipo penal são a disciplina militar – pois, como já dito, é inequívoco que um grupo de militares recalcitrantes à ordem superior e à ordem pública a atinja frontalmente – e a autoridade militar, em face da violação da lei.

• **Sujeitos do delito:** os sujeitos ativos (delito de coautoria necessária) são os militares, federais ou estaduais, sendo válidos aqui os comentários consignados para o delito de motim, exceto no que concerne às modalidades omissivas, uma vez que o delito ora estudado somente admite forma comissiva.

No polo passivo figura o titular do bem jurídico atingido, a saber, também a exemplo do crime de motim, a Instituição Militar, seja ela federal ou estadual.

• **Elementos objetivos:** o delito em estudo, como o de motim, é de coautoria necessária. Significa dizer que implica a reunião de militares (pelo menos 2) que, movidos pelos mesmos propósitos, praticam atos de violência (física) contra a pessoa ou coisa, desde que portando – não necessariamente empregando – armamento ou material bélico, elemento típico do crime.

Redundante foi o legislador ao consignar a expressão "armamento ou material bélico, de propriedade militar", porquanto o conceito deste contém o daquele, ou seja, a compreensão de material bélico engloba a de armamento. Como exemplo, tome-se a definição para as Polícias Militares, dada pelo n. 20 do art. 2º do Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), aprovado pelo Decreto federal n. 88.777, de 30 de setembro de 1983, que assim dispõe:

"Material Bélico de Polícia Militar – Todo o material necessário às Polícias Militares para o desempenho de suas atribuições específicas nas ações de Defesa Interna e de Defesa Territorial.

Compreendem-se como tal:

a) *armamento*;

b) munição;

c) material de Motomecanização;

d) material de Comunicações;

e) material de Guerra Química;

f) material de Engenharia de Campanha".

Por outro lado, a expressão "material bélico" dá um alcance maior à previsão do tipo legal, configurando-se em elemento normativo que deve ser investigado pelo operador do Direito Penal Militar, mormente tendo em foco as definições contidas em normas como a acima exposta.

Essa abrangência, no entanto, não autoriza concluir como subsumida pelo tipo em estudo a violência perpetrada pelo grupo com toda e qualquer arma imprópria, já que vale para o tipo penal, tanto expressamente como por conceituação do que seja "material bélico", a expressão "armamento", substantivo que deve ser compreendido em sua conotação restrita, significando o "equipamento de armas com que se guarnece ou de que se supre *força militar organizada*, a fim de que se ponha em condições de cumprir sua finalidade, nos casos em que se faça necessária a sua interferência"**[1089]**. Note-se que, mesmo que se quisesse dar uma compreensão ampla para a expressão "armamento", ainda assim estaríamos atrelados ao conceito próprio de arma, uma vez que, em sentido lato, armamento designa "todos os meios técnicos, terrestres, marítimos ou aéreos, de que possa dispor uma potência para aparelhar suas *forças armadas*"**[1090]**.

Assim, para recorrermos à técnica do exemplo, se o grupo portar um pedaço de madeira (e. g., pé de mesa), não se poderá falar no delito de *organização de grupo para a prática de violência*, pois não compreendido o instrumento na significação de armamento nem no conceito de material bélico. Entretanto, caso portem ferramentas de sapa da Instituição Militar (picareta, pá etc.), estaremos diante do delito em relevo, já que, embora não constante na compreensão do que seja armamento, o instrumento é um material de

engenharia de campanha, portanto, material bélico.

Em sentido contrário postula Célio Lobão, para quem, "apesar de o conceito de material bélico englobar armamento, essa última expressão vem empregada com a finalidade de incluir outras espécies de arma, como as impróprias, tais como pau, facas, revólver de uso pessoal do militar, pedaço de ferro, etc., que não são material bélico"**[1091]**. Com a devida vênia, parece-nos que, ao atrelar o armamento ou o material bélico à propriedade militar, ainda que censurável a redação, o tipo, além de excluir a maioria dos instrumentos que poderiam servir de arma imprópria, exclui também as armas próprias não pertencentes à força militar, não se enquadrando no tipo penal, portanto, o armamento particular.

Não é necessário que todos portem armamento ou material bélico, mas sim que o grupo tenha sob seu controle um dos instrumentos enquadrados na expressão "armamento ou material bélico", e desde que de propriedade militar, fará que o tipo seja satisfeito.

O local em que se dá a ação, elemento espacial do tipo, é indiferente, podendo estar ou não sob administração militar.

Aqui também podemos notar um novo contrassenso no que tange à pena cominada. Note-se que a revolta passa a qualificar o motim com a mera presença de arma, enquanto neste delito os militares, armados, praticam violência contra a pessoa ou coisa e estão sujeitos às mesmas penas daqueles que, eventualmente desarmados, simplesmente assentem (concordam com) à recusa conjunta de obediência de ordem superior (art. 149, III, do CPM).

No caso de essa violência ser praticada contra um superior, já nos posicionamos no sentido de que seria ideal a majoração da pena do art. 157, em razão da prática coletiva do delito, ainda que, sob o enfoque legal, a subsunção, desde que com a utilização de armamento ou material bélico, dar-se-ia no tipo em estudo.

De outra banda, no que concerne à violência contra a pessoa que não superior hierárquico, ou contra coisa, a melhor solução seria a equiparação da pena desta previsão à da revolta, ou ainda que este tipo fosse o inciso V do tipo

anterior, pois assim sofreria a majoração do parágrafo único lá previsto, o que evitaria a discrepância fática e a consequente injustiça. Na prática, entretanto, o princípio da legalidade impõe a subsunção no tipo penal em apreciação.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de macular a autoridade e a disciplina militares através de atos de violência física contra a pessoa ou coisa, obviamente conhecendo a circunstância de estarem, pelo menos por um dos consortes, munidos de armamento ou de material bélico.

• **Consumação:** ainda que o *nomen juris* possa indicar um delito formal, quando se exigiria apenas a organização do grupo para a prática de violência, os elementos do tipo permitem a conclusão por delito material, significando dizer que o crime se consuma com a efetiva prática do ato de violência contra pessoa ou coisa.

• **Tentativa:** é possível, por exemplo, no caso de os agentes investirem contra a pessoa ou coisa, sendo impedidos por terceiros.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito somente pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1092].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

1.4. Omissão de lealdade militar

• **Tipo legal**

Art. 151. Deixar o militar ou assemelhado de levar ao conhecimento do superior o motim ou revolta de cuja preparação teve notícia, ou, estando presente ao ato criminoso, não usar de todos os meios ao seu alcance para impedi-lo:

Pena – reclusão, de três a cinco anos.

• **Objetividade jurídica:** continuam sendo tanto a autoridade como a disciplina militares. A omissão do militar diante do motim (qualificado ou não) perturba o exercício da autoridade do superior que não esteja envolvido no delito. Ademais, macula a disciplina, frontalmente contrária a esse tipo de comportamento do grupo.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, visto que assim dispõe o próprio tipo, bem como o assemelhado, que, na atualidade, é letra morta, como já se consignou.

O crime é monossubjetivo, exigindo apenas um militar para que possa ser perpetrado.

Como também já consignado, a palavra "militar", como elemento típico do crime, conduz à conclusão de que somente o militar da ativa é que pode figurar como sujeito ativo do delito. Como exceção entendemos apenas ser possível que o inativo figure no polo ativo se estiver equiparado a militar da ativa, nos termos do art. 12 do CPM.

Já no que diz respeito à prática do delito em concurso, impossível será um civil ou inativo, não equiparado a militar da ativa, cometerem o delito.

Já afirmamos, ao tratar do motim em suas modalidades omissivas, que a coautoria, em crime omissivo, somente se verificará se a obrigação de ação for comum aos concorrentes, o que nos parece inexistir no tipo do art. 151.

Dessa forma, como o civil não tem o dever de lealdade para com a Administração Militar, por não estar vinculado aos seus postulados, não possuirá tal dever de ação, não figurando, pois, como coautor no crime de *omissão de lealdade*, ainda que, eventualmente, ao lado de um militar da ativa e anuindo a inação deste, nada faça para obstar o motim ou a revolta.

Respeitando opiniões divergentes, também não vemos a possibilidade de prática em coautoria de um militar da ativa e outro inativo (não equiparado a militar da ativa por força do art. 12 do CPM), porquanto, ao deixar o serviço ativo, o militar possui, sim, certo dever de lealdade para com a Administração

Militar, mas não a ponto, no âmbito criminal (o que não afasta a possibilidade de cometimento de infração disciplinar), de ter a obrigação de sufocar ou comunicar o levante do grupo amotinado ou em revolta. Chega-se a essa conclusão pela própria análise do tipo, que, ao grafar a palavra "militar", excluiu o inativo do rol das pessoas de quem se exige a conduta ativa para sufocar o motim ou a revolta.

Também impossível o civil e o inativo, não equiparados a militar da ativa, figurarem no polo ativo em concurso de pessoas sob a forma de participação, pelo que já foi aduzido no crime de motim.

Pode parecer contraditório o fato de termos admitido a prática por inativo em coautoria de motim nas formas omissivas e, aqui, na omissão de lealdade militar, sermos contrários à sua coautoria no delito. No entanto, nossa posição guarda um fundo lógico.

Ocorre que o inativo, exceto o da reserva não remunerada, possui, inerente à sua condição, o dever de obediência em face de uma ordem emanada de superior, visto que, em sentido lato, é-lhe exigível um mínimo de conformação aos postulados hierárquico-disciplinares. Isso permite afirmar que há condição para se admitir a coautoria na forma omissiva de motim, que se concentra no não acatamento de ordem.

De outro lado, essa conformação mínima aos pressupostos hierárquico-disciplinares não chega a impor ao inativo o dever jurídico de ação para obstar atitudes criminosas de terceiros prestes a serem perpetradas. É dizer que o inativo não possui, sob o enfoque criminal, a obrigação de evitar o delito de outrem, pois não está mais investido da função que outrora desempenhou, o que nos leva a concluir que não há imposição direta de dever de ação a ponto de a abstenção o alçar a coautor do delito.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o tipo objetivo é constituído por duas condutas omissivas.

Na primeira parte o militar fica sabendo (seja por qual meio for) do

planejamento do motim ou revolta mas silencia, deixando de avisar seu superior acerca do fato. Necessário destacar que se a participação (comunicação) for extemporânea, impossibilitando que a autoridade tome qualquer medida para impedir o levante, o crime estará configurado.

No meio militar, por vezes se confunde o dever de ofício de denunciar infrações penais militares e administrativas com a maledicência, o "diz que diz que", o mexerico, a delação infame, a alcaguetagem. Essa impressão é falsa e perigosa, pois na primeira há dever de ofício e na segunda há falha de caráter. A denúncia de uma infração é obrigação de todo militar (da ativa ou inativo), sob pena de o omisso sofrer consequências disciplinares e, no caso do militar da ativa, dada a restrição do tipo penal, também penais militares, merecendo ser alvo de atenção pelos militares, especialmente pelos comandantes de tropa. Já o mexerico, é desprezível.

Na segunda parte, o militar não sabe do ato delituoso que se planejou, mas está presente quando o amotinamento ou a revolta são deflagrados. Militar que é, conhecedor de seus deveres de ofício, abandona a norma e deixa de promover a prisão dos envolvidos e/ou deixa de tomar qualquer providência para fazer cessar as ações do grupo de rebeldes (acionar o superior hierárquico, acionar tropa especializada etc.).

Outro parêntese que se deve fazer é quanto ao fato de que, em vista dos fortes freios impostos pela hierarquia, pode acontecer de um soldado sentir-se em dúvida e inseguro diante de um sargento que, juntamente com outros militares, comunica o amotinamento ao tenente. A insegurança não se deve à dúvida sobre o que fazer, mas sim à presença de um superior tanto dele como dos autores do delito. A prontidão do soldado em se apresentar ao tenente e manifestar sua discordância e disponibilidade para o atender no que for preciso já indica a total ausência de tipo subjetivo do delito em estudo. Essa situação pode parecer estranha aos olhos do civil, mas é bem própria e pertinente ao militar, motivo por que entendemos oportuna a apresentação.

Lembre-se aqui, ainda, da omissão indireta, que se dá quando o agente, dolosamente, pratica atos ineficazes para o impedimento do delito, postura essa que incidirá na mesma infração penal militar. Assim, por exemplo, estará em

prática do delito o militar que, ao saber do levante, efetua, com seu celular, ligação telefônica para seu superior (mas o desliga em seguida, impedindo que a ligação se complete), tendo ciência de que, naquele momento, o superior não se encontra no número chamado. Note-se que, de forma aparente, quem apreender e verificar os números registrados no aparelho celular do agente verificará o número telefônico do superior; todavia, a ação que pretensamente excluiria a tipicidade foi uma ficção, uma simulação, consistindo, pois, em omissão indireta.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de se omitir em face da eclosão criminosa de terceiros.

• **Consumação:** o crime se consuma quando o autor, sabendo do delito (motim ou revolta) que se planejou, deixa de comunicá-lo a seu superior ou, ainda, na segunda modalidade, quando não utiliza os meios de que dispõe para impedir o delito, estando presente quando de sua deflagração.

• **Tentativa:** não é possível em vista de a conduta ser omissiva, excluindo-lhe, portanto, a relevância jurídica.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1093].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

1.5. Conspiração

• **Tipo legal**

Art. 152. Concertarem-se militares ou assemelhados para a prática do crime previsto no art. 149:

Pena – reclusão, de três a cinco anos.

Isenção de pena

Parágrafo único. É isento de pena aquele que, antes da execução do crime e quando era ainda possível evitar-lhe as consequências, denuncia o ajuste de que participou.

• **Objetividade jurídica:** o bem jurídico protegido é a disciplina militar, pois, ao se reunirem para planejamento de motim ou revolta, os militares ferem a estrutura, a ordem castrense. Em vista do ato que se prepara, pode-se ver também em prejuízo a autoridade militar, caso o delito implique afronta a superiores, atingindo a hierarquia.

• **Sujeitos do delito:** os sujeitos ativos (delito de coautoria necessária ou plurissubjetivo) são os militares, federais ou estaduais, sendo válidos aqui os comentários consignados para o delito de motim, exceto no que concerne às modalidades omissivas, uma vez que o delito ora estudado, ainda que possa visar à futura modalidade omissiva de motim, importa em preparação, exigindo condutas comissivas (reunião, planejamento etc.).

No polo passivo, figura o titular do bem jurídico atingido, a saber, também a exemplo do crime de motim, a Instituição Militar, seja ela federal ou estadual.

• **Elementos objetivos:** o núcleo do tipo é "concertar", ou seja, entrar em acordo, ajustar, pactuar, cotejar, harmonizar. Aqui os militares se ajustam para a prática das modalidades delituosas do art. 149, a saber, o motim e a revolta. É a combinação, o preparo do motim, qualificado ou não.

Não caracteriza o delito em estudo a mera conversa sobre o assunto ou manifestação de insatisfação, mas sim a determinação, com atos preparatórios para o delito (reunião, planejamento etc.).

Como já consignado, árdua é a distinção entre a conspiração e a modalidade de motim (ou revolta, se armados os militares) da primeira parte do inciso III do art. 149. Há uma relação de subsidiariedade tácita entre o dispositivo ora estudado e aquele, equivalendo dizer que, se por acaso houver a modalidade

de motim do inciso III do art. 149, a conspiração restará absorvida.

Necessário advertir que essa relação entre os dispositivos não é uníssona. Célio Lobão, por exemplo, enxerga a impossibilidade de conspiração com o escopo da modalidade de motim por assentimento. Assim, postula o autor que há "dificuldade na tipificação do concerto para a prática do delito do inciso III porque os agentes terão de ajustar que no futuro irão reunir-se para assentir 'em recusa conjunta de desobediência, ou em resistência ou violência, em comum, contra superior!'"**[1094]**.

Com o devido respeito ao raciocínio do ilustre doutrinador, entendemos que essa relação é possível e identificável sucessivamente no tempo. Poderíamos idealizar a seguinte situação: dois militares decidem, isoladamente, cada qual em sua residência, de folga, reivindicar melhores salários; ao saber de uma possível paralisação no serviço policial militar, o Comandante-Geral emite uma ordem, amplamente divulgada nos meios de comunicação, para que todos os militares compareçam ao serviço no dia seguinte, data em que se supõe ocorrer a paralisação; os dois militares, amigos que são, comunicam-se por via eletrônica (*e-mail*) e decidem, em união de desígnios, reunir-se para discutir e, possivelmente, confirmar sua intenção de não cumprir a ordem de lavra do responsável maior da organização a que pertencem; até esse ponto, por terem arquitetado, planificado uma reunião com o escopo de firmar o acordo de descumprimento da ordem, estarão em prática de conspiração (art. 152 do CPM); no dia seguinte, conforme pactuado, em meio à reunião, que já conta com a presença de dois outros militares, firmam-se os ânimos no sentido de assentirem ao não cumprimento da ordem para a assunção do serviço; os quatro militares configuram, nesse ponto, o motim na forma primeira do inciso III do art. 149, sendo que os dois últimos não passaram pela conspiração, enquanto os dois primeiros, embora tenham conspirado, somente responderão pela modalidade de motim, que absorve a conspiração.

Como se disse, há, na verdade, a criminalização autônoma de atos preparatórios de um delito, transmitindo um zelo extremado do legislador, antecipando a tutela do bem jurídico, o que denota a afronta que essa modalidade de crime provoca às Instituições Militares. Ressalte-se que não se trata de *punição de atos preparatórios de motim*, mas de *criminalização de atos*

preparatórios.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de concertarem-se os militares, porém com o fim certo de praticar o crime de motim (o elemento subjetivo especial do injusto ou antigo dolo é específico).

• **Consumação:** o delito se consuma quando os autores se reunirem conscientes da finalidade do encontro. Se porventura algum, dentre eles, desconhecer o motivo da reunião, não estará cometendo o delito, mas tão logo o conheça e permaneça integrando o grupo já se torna coautor. Não se exige resultado de qualquer ordem; bastando que o grupo se forme com o escopo de prática futura de motim (ou de revolta).

• **Tentativa:** não é possível, tendo em vista que é delito de consumação instantânea. Ou se participa da reunião para planejamento de motim, ou não se participa. A intenção de juntar-se ao grupo sem a efetiva participação não tipificará o crime em estudo, pois não passa de mera cogitação.

• **Isenção de pena:** o tipo em estudo, em seu parágrafo único, dispõe que é "isento de pena aquele que, antes da execução do crime e quando era ainda possível evitar-lhe as consequências, denuncia o ajuste de que participou". Trata-se de uma *escusa absolutória*[1095], que leva à extinção da punibilidade.

Acerca das escusas absolutórias, Muñoz Conde afirma que a "punibilidade também pode ser extinta em alguns casos em que o legislador julgou conveniente não impor uma pena, apesar de existir uma ação típica, antijurídica e culpável. Trata-se, normalmente, de causas vinculadas à pessoa do autor e que, portanto, só a ele afetam, e não aos demais partícipes do delito"[1096].

Não há confundir as escusas absolutórias com o perdão judicial, muito embora a doutrina oscile em relação a essa distinção, havendo os que a reconhecem, aqueles que consideram os termos como sinônimos e os que entendem ser o perdão judicial uma espécie de escusa absolutória.

Filiamo-nos aos que entendem haver uma distinção, embora a consequência, extinção da punibilidade, seja a mesma. No mister de distinguir as

escusas absolutórias do perdão judicial, providencial é a comparação de Ana Luiza Almeida Ferro, nos seguintes termos:

"a) as primeiras são previstas pela lei penal sob o signo da expressão 'é isento de pena' ou 'fica isento de pena', enquanto o segundo é anunciado pelo texto legal mediante a expressão 'o juiz pode deixar de aplicar a pena' (ou uma de suas mínimas variações: 'o juiz poderá deixar de aplicar a pena' e 'pode o juiz deixar de aplicar a pena');

b) as primeiras são taxativamente impostas pela lei penal, que determina ao magistrado que proceda obrigatoriamente à exclusão da pena; já o último depende, para sua aplicação, de uma certa 'faculdade' conferida ao juiz pela norma penal, isto é, confiada ao seu poder discricionário;

c) as primeiras, em função de sua imposição taxativa no texto legal, não permitem qualquer margem de discricionariedade ao magistrado; o segundo, ao contrário, implica, para sua aplicação, a realização, pelo juiz, de uma apreciação valorativa das circunstâncias pertinentes, corporificadas no caso concreto, utilizando-se de inevitável dose de subjetividade; e

d) as primeiras são reconhecidas em sentença meramente declaratória, ao passo que o último é concedido em sentença constitutiva"**[1097]**.

Poderíamos, em suma, dizer que o disposto no parágrafo único do art. 152 do CPM constitui uma delação premial que isenta o agente da imposição da sanção penal, configurando-se, pelas características acima apontadas, em uma escusa absolutória.

A isenção em questão é um estímulo àquele que se arrepende de ter conspirado e traz a conhecimento da Instituição Militar o que foi combinado, permitindo que esta evite o delito maior (motim).

Importante consignar que tal escusa se aplica mesmo que o fato venha a acontecer no caso de a autoridade que foi avisada ser omissa (p. ex.: por não ter acreditado que fosse acontecer) ou que haja ineficácia do meio empregado para inibir o motim.

Aplica-se, ainda, a isenção àquele que denunciou o ajuste, mesmo que

os agentes (da conspiração) desistam da ação ao conhecerem a delação, deixando de participar do motim ou revolta.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial**[1098]**.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

1.6. Cumulação de penas

• **Tipo legal**

Art. 153. As penas dos arts. 149 e 150 são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

Trata-se do concurso formal de crimes que possui regra própria, diversa daquela estipulada pelo art. 79 do CPM. No dispositivo da Parte Geral, a regra é o cúmulo material das penas dos crimes se forem de mesma espécie, ou, se penas de espécies diferentes, a exasperação – a pena única será a mais grave, aumentada da metade do tempo das menos graves. O art. 153, no entanto, considerando a gravidade da conduta, determinou apenas o cúmulo material, a soma das penas, ainda que de espécies diferentes, o que se torna cristalino pela expressão “sem prejuízo das correspondentes à violência”.

Caso o resultado seja um homicídio doloso e praticado contra civil, o processo será dividido em face da competência do Tribunal do Júri sobre o segundo delito, determinado pelo parágrafo único do art. 9º do CPM, introduzido pela Lei n. 9.299, de 7 de agosto de 1996, hoje com o respaldo do § 4º do art. 125 da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Note-se que no âmbito processual penal haverá aqui uma exceção à regra de processo único, exceção essa trazida pela alínea *a* do art. 102 do CPPM e pelo inciso I do art. 79 do CPP, que, em suma, dispõem que a conexão e a continência determinarão a unidade do processo, salvo *no concurso entre a jurisdição militar e a comum*.

2. DA ALICIAÇÃO E DO INCITAMENTO

2.1. Aliciação para motim ou revolta

• **Tipo legal**

Art. 154. Aliciar militar ou assemelhado para a prática de qualquer dos crimes previstos no capítulo anterior:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

• **Objetividade jurídica:** aqui o bem jurídico protegido é, especialmente, a disciplina militar, pois o autor, ao tentar convencer terceiros para o motim ou a revolta, fere a estrutura institucional, a ordem castrense.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa, civil ou militar.

No caso de sujeição ativa de um civil, deve-se frisar que somente será possível a ocorrência do delito em âmbito federal. Do contrário, caso o alvo do aliciador seja militar estadual, a tipificação seria buscada na legislação penal comum, por exemplo, no art. 286 do CP comum.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** *aliciar* é atrair, seduzir, envolver, convencer o militar a praticar um dos crimes previstos no Capítulo I do Título II do CPM (“Do

Motim e da Revolta"). Entendemos que aqui está também a geração da ideia, o induzimento para a prática de delitos enumerados. Façamos, pois, a propósito dessa discussão, a diferenciação entre induzir, incitar e aliciar, o que aproveitará a outras figuras delitivas.

Induzir, pela significação léxica, deve ser compreendido como "persuadir à prática de alguma coisa"**[1099]** ou "ser causa ou motivo de (sensação, impressão) em (alguém); inspirar, provocar"**[1100]**. Por vezes, a palavra aparece como sinônima de incitar, porém a compreensão jurídica deve restringir-se à geração de uma ideia. Nesse sentido, ao comentar o delito de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, Bitencourt assinala que induzir "significa suscitar o surgimento de uma ideia, tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento de alguém uma ideia até então inexistente"**[1101]**.

Incitar, também na compreensão dos dicionários, significa "impelir, mover, instigar"**[1102]** ou "estimular (alguém) [a realizar algo]; instigar, impelir, encorajar"**[1103]**. Buscando a compreensão jurídica do termo, instigar, na visão de Bitencourt, deve compreender o ato de "animar, estimular, reforçar uma ideia existente. Ocorre *instigação* quando o instigador atua sobre a vontade do autor**[1104]**, no caso, do instigado"**[1105]**.

Aliciar, como exigido pelo tipo em estudo, significa "atrair, chamar a si, convidar, seduzir"**[1106]**, ou, ainda, "atrair a si; tornar (alguém) seu sequaz ou cúmplice; seduzir, envolver"**[1107]**. Nesse sentido, Mirabete, ao comentar o núcleo do tipo do art. 206 do CP, anteriormente grafado como *aliciar* e hoje grafado como *recrutar*. Para o saudoso mestre, *recrutar*, que tem sentido semelhante a *aliciar*, "exige a iniciativa do agente para atrair, seduzir ou angariar"**[1108]**, no caso do tipo por ele comentado, trabalhadores.

Pelas compreensões expostas, fica claro que o induzimento, ou seja, a geração da ideia de se amotinar, aproxima-se mais da ideia de aliciar que da de incitar. Tradicionalmente, na doutrina, mormente quando se comentam as ações afetas ao suicídio que são criminalizadas, distinguem-se com muita veemência a instigação (incitamento) do induzimento, tornando claro que não são termos correspondentes no plano jurídico.

Por outra via, segundo Ramagem Badaró, o aliciamento sucede à incitação. Assim, comentando o CPM em momento muito próximo de sua entrada em vigor, postula que, tecnicamente, o delito de incitamento deveria anteceder o de aliciação, visto que "o incitamento é atuação preliminar do aliciamento, como o ato de sedução que é, do aliciado"**[1109]**. Nitidamente o doutrinador considera que o incitamento exige o induzimento de motim, do que, como já consignado, discordamos.

Na mesma linha, Sílvio Martins Teixeira, ao postular que o "incitamento é o ato preliminar da aliciação. O agente seduz (incita), para depois atrair (aliciar) o companheiro do crime"**[1110]**.

Com o devido respeito, pensamos ser exatamente o inverso. Partimos da premissa de que seduzir significa previamente gerar a ideia (induzimento), não coincidindo, pois, com o ato de incitar, mas de aliciar. Nessa toada, se houver uma sequência lógico-temporal, primeiro se seduz, aliciando os suscetíveis de convencimento e, posteriormente, se insufla, se instiga, ou seja, há o incitamento. É preciso lembrar, no entanto, que é perfeitamente possível haver o incitamento sem que o sujeito ativo tenha, primeiro, cooptado (aliciado) aqueles que estão propensos a praticar o motim (a revolta etc.).

Esse convencimento pode ser exercido de qualquer forma, mas a verbal e a escrita são as mais usuais, especialmente a primeira, por não deixar a prova material da mensagem difundida.

A atitude de convencimento do sujeito ativo deve recair sobre militar ou sobre assemelhado, o qual, segundo nossa compreensão, não mais existe nas forças militares.

Note-se que a exigência típica não recai sobre o convencimento de dois ou mais militares, mas apenas de um. Dessa forma, ainda que o sujeito ativo interaja apenas com um militar, independentemente da adesão posterior de outro(s), estaria caracterizado o delito.

Difícil imaginar, todavia, que o crime em estudo possa ter em foco todos os delitos do capítulo anterior. À guisa de exemplo, um tanto quanto difícil seria, ainda que teoricamente possível, imaginar alguém que viesse aliciar

outrem para a prática de omissão de lealdade, principalmente na primeira parte do art. 151, quando o militar conhece a iminência de um motim e decide quedar-se inerte, não comunicando o fato a seu superior. Também muito difícil é a ocorrência de aliciação para a conspiração.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de cooptar alguém para a prática de delitos capitulados nos arts. 149 a 152 do CPM.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o receptor do chamamento para os delitos do capítulo de motim e revolta (militar) se deixa seduzir e concorda com o autor. Com efeito, o verbo nuclear, "aliciar", exige que haja a anuência do destinatário do convite, não bastando que seja proposta meramente propalada, quando poderá ocorrer a forma tentada. Caso o legislador desejasse antecipar mais ainda a tutela penal, utilizaria, em vez de "aliciar", outro verbo nuclear que dispensasse a anuência do interlocutor, formando expressões como "convidar militar" ou "sugerir a militar".

Não é necessário que o militar aliciado pratique qualquer conduta, pois o mero acatamento do discurso que visa a atrair militares para o ato delituoso já perturba a disciplina e consuma o presente delito. Trata-se, portanto, de crime formal, significando a execução do motim, por exemplo, por parte daquele que foi aliciado, o mero exaurimento do delito.

• **Tentativa:** é discutível pela doutrina, mas entendemos ser possível quando o autor discursa, escreve, ou de qualquer forma envia mensagem ao militar, mas não o convence. Inclui-se aqui o caso do militar que tenta distribuir panfleto concitando militares à paralisação – contrariando ordem expressa e precedente em sentido contrário – e é preso antes de distribuir seu material.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial. Ainda que o fato possa ser capitulado em delitos do Código Penal comum, como

o já citado *incitação ao crime* (art. 286 do CP) e também a apologia de crime ou de criminoso (art. 287 do CP), não há semelhança suficiente para justificar a complementação da tipicidade pelo inciso II do art. 9º do CPM.

Em caso do cometimento por civil (na esfera federal) ou por inativo, a complementação deve ser buscada nas alíneas do inciso III do mesmo artigo, lembrando que deve o agente, nesse caso, querer atentar contra a própria Instituição Militar**[1111]**.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

2.2. Incitamento

• **Tipo legal**

Art. 155. Incitar à desobediência, à indisciplina ou à prática de crime militar:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem introduz, afixa ou distribui, em lugar sujeito à administração militar, impressos, manuscritos ou material mimeografado, fotocopiado ou gravado, em que se contenha incitamento à prática dos atos previstos no artigo.

• **Objetividade jurídica:** tutela-se a disciplina militar, pois o autor, ao buscar levar terceiros à prática de crime militar, de atos de indisciplina ou de desobediência em geral, fere, igualmente, a estrutura, a ordem castrense; atinge também a autoridade quando se prega a desobediência.

• **Sujeitos do delito:** aqui também o sujeito ativo é qualquer pessoa, civil ou militar.

No caso de sujeição ativa de um civil, deve-se frisar que somente será possível a ocorrência do delito em âmbito federal. Do contrário, caso o alvo do incitador seja militar estadual, a tipificação seria buscada na legislação penal comum, por exemplo, o art. 286 do CP comum.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** como já mencionamos acima, *incitar* significa "impelir, mover, instigar"**[1112]** ou "estimular (alguém) [a realizar algo]; instigar, impelir, encorajar"**[1113]**, empurrar à prática que caracterize desobediência, indisci-plina ou crime militar, não compreendendo, em nossa visão e respeitando as notáveis opiniões em sentido oposto, o induzimento, a geração da ideia. A ideia é preexistente, sendo reforçada, encorajada pelo agente.

Em verdade, o crime militar abrange a indisciplina e a desobediência, do que se depreende que o legislador quis aqui tutelar o incitamento não só de atitudes que caracterizem crime castrense, como também de infrações administrativas disciplinares de desobediência e de indisciplina que não chegarem a configurar crime, mas cuja instigação, sim, é de tutela penal militar.

É pertinente lembrar que se o delito que se está incitando for comum, não resvalando em desobediência ou em indisciplina, o incitamento configurará crime comum capitulado no art. 286 do CP comum. Ocorre que será impossível que alguém insufle um militar à prática de ilícito penal comum sem que isso importe em ato de indisciplina, porquanto, em regra, os regulamentos disciplinares militares consideram o respeito e acatamento às leis uma manifestação essencial da disciplina.

O parágrafo único do tipo estudado, com a pretensão de trazer um caso assimilado, em verdade descreve uma das formas de execução do incitamento, a saber, a introdução, afixação ou distribuição de material impresso, manuscrito ou mimeografado, fotocopiado ou gravado, que contenha incitamento à prática de atos de desobediência, à indisciplina ou à prática de crime militar, isso em lugar sujeito à administração militar.

Nessa previsão, de fato, a lei buscou alargar as possibilidades de perpetração do delito, vislumbrando, talvez, que alguém pudesse invocar a atipicidade do fato perante o *caput*, quando estivesse em um incitamento silencioso – entenda-se: sem a utilização da linguagem oral – por propaganda.

Note-se que o elemento espacial (*lugar sujeito à administração militar*) é exigido na modalidade do parágrafo único, mas não na modalidade do *caput*.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente.

• **Consumação:** o delito se consuma, como no delito anterior, com a concordância do receptor (militar) da mensagem que caracteriza o incitamento, a instigação para a prática de atitudes de indisciplina, desobediência ou crime militar. Da mesma forma, não é necessário que o militar pratique qualquer conduta, pois a mera aceitação já perturba a disciplina e consuma o presente delito. A prática de conduta afim por parte daquele que foi instigado é mero exaurimento.

• **Tentativa:** é possível quando o autor envia mensagem ao militar alvo e ela é interceptada ou não surte o efeito de excitar a ideia preexistente.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial. Ainda que o fato possa ser capitulado em delitos do Código Penal comum, como o já citado "incitação ao crime" (art. 286 do CP), não há semelhança suficiente para justificar a complementação da tipicidade pelo inciso II do art. 9º do CPM.

Em caso do cometimento por civil (na esfera federal) ou por inativo, a complementação deve ser buscada nas alíneas do inciso III do mesmo artigo, lembrando que deve o agente, nesse caso, querer atentar contra a própria Instituição Militar[1114].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

2.3. Apologia de fato criminoso ou do seu autor

• **Tipo legal**

Art. 156. Fazer apologia de fato que a lei militar considera crime, ou do autor do mesmo, em lugar sujeito à administração militar:

Pena – detenção, de seis meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** perturba essencialmente a disciplina, pois se exalta o infrator da norma castrense ou o próprio delito militar, o que afeta a regularidade da atividade militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa, civil ou militar.

No caso de ser um civil, deve-se frisar que somente será possível a ocorrência do delito em âmbito federal. Do contrário, caso o alvo do apologista seja militar estadual, a tipificação seria buscada na legislação penal comum, por exemplo, o art. 287 do CP comum.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** fazer apologia é exaltar, elogiar, enaltecer, engrandecer fato delituoso (conduta tipificada como crime militar), o que pode fazer com que seja, para alguém, exemplo ou meta a ser seguida ou alcançada, explicando, pois, a nocividade da conduta.

A apologia pode ainda ser de autor de delito militar, mas só haverá crime se for ele engrandecido pelo seu desvio de conduta. O engrandecimento de qualquer qualidade pessoal do autor de delito, a solidariedade e a sua defesa não serão, por si sós, delituosos. Se assim fosse, o autor de um crime militar nunca mais poderia ser elogiado por alguma virtude pessoal ou por algum bem que tivesse feito.

O elemento espacial "*em lugar sujeito à administração militar*" é exigido para as duas modalidades, ou seja, o enaltecimento do crime militar ou de seu autor, para se configurarem delito, hão de ser em espaço sob a Administração Militar; fora desse limite, o delito será comum.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e

consciente de enaltecer o crime militar ou o seu autor pelo delito cometido.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor promove o elogio, o enaltecimento, o destaque ao fato ou a seu autor.

• **Tentativa:** possível somente na modalidade escrita quando interceptada antes de chegar a seu destino.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial. Ainda que o fato possa ser capitulado em delitos do Código Penal comum, como o de "apologia de crime ou criminoso" (art. 287 do CP), não há semelhança suficiente para justificar a complementação da tipicidade pelo inciso II do art. 9º do CPM, uma vez que aqui, além da necessária relação com o delito militar, exige-se que a conduta ocorra em lugar sujeito à Administração Militar.

Em caso do cometimento por civil (na esfera federal) ou por inativo, a complementação deve ser buscada nas alíneas do inciso III do mesmo artigo, lembrando que deve o agente, nesse caso, querer atentar contra a própria Instituição Militar**[1115]**.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

3. DA VIOLÊNCIA CONTRA SUPERIOR OU MILITAR DE SERVIÇO

3.1. Violência contra superior

• **Tipo legal**

Art. 157. Praticar violência contra superior:

Pena – detenção, de três meses a dois anos.

Formas qualificadas

§ 1º Se o superior é comandante da unidade a que pertence o agente, ou oficial general:

Pena – reclusão, de três a nove anos.

§ 2º Se a violência é praticada com arma, a pena é aumentada de um terço.

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal, aplica-se, além da pena da violência, a do crime contra a pessoa.

§ 4º Se da violência resulta morte:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

§ 5º A pena é aumentada da sexta parte, se o crime ocorre em serviço.

• **Objetividade jurídica:** certamente, tanto a autoridade do superior atingido como a disciplina militar são os bens tutelados por este tipo penal.

A autoridade do superior agredido é maculada tanto perante o inferior hierárquico que o agrediu como perante terceiros que tenham assistido ou sabido da ocorrência.

Quanto à disciplina, não são necessários maiores comentários, pois a agressão física de subordinado contra superior perturba a regularidade, a ordem disciplinar vigente.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o inferior hierárquico ou funcional (este por compreensão do art. 24 do CPM), o que restringe o cometimento do delito ao militar, federal ou dos Estados.

Não se utilizou o legislador da expressão "militar", mas sim "superior", significando que o delito pode ser perpetrado por militares da ativa ou por

inativos, desde que contra um superior. Nessa construção, o militar inativo[1116] poderá perpetrar este delito, exceto na compreensão de superior funcional, porquanto não está ele, em inatividade, no desempenho de função, ressalva feita se estiver sendo empregado na Administração Militar, conforme expõe o art. 12 do CP castrense. Deve-se, ademais, verificar que para o inativo, não equiparado a militar da ativa, cometer este delito, devem incidir também as circunstâncias do inciso III do art. 9º, já estudadas na Parte Geral.

Qualquer pessoa, à exceção, pode perpetrar este delito se em concurso com um militar inferior ao sujeito passivo, quando a circunstância pessoal *inferior* (hierárquico ou funcional), que é implicitamente uma elementar do tipo, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM)[1117].

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar, mas não podemos esquecer do próprio superior agredido, ainda que inativo, que é vítima secundária (ofendido), configurando-se, ademais, sujeito passivo mediato.

É necessário frisar, mais uma vez, destoante entendimento de Célio Lobão, ao postular que somente militares da ativa praticam e podem ser vítimas deste delito. Assim expõe o autor:

“Tratando-se de crime propriamente militar, somente o militar pode ser sujeito ativo. Portanto, completamente equivocado o exposto no HC 81.438. Sujeito passivo, as instituições militares, e ofendido, o superior hierárquico.

Por exemplo, se o major no serviço ativo pratica violência contra coronel ou oficial-general da reserva ou reformado, não incide o art. 157 do CPM (violência contra superior) e sim outro dispositivo da lei penal militar (p. expl., lesão corporal, art. 209), desde que atendidos os pressupostos do art. 9º, II, do CPM; se não atendido, o crime será comum, caso encontre definição na lei penal comum. A recíproca é verdadeira, inexistirá crime de violência contra inferior. O militar da reserva ou reformado é considerado civil para efeito da aplicação da lei penal militar, pois prerrogativas de posto ou graduação (art. 13 do CPM) não se identificam com a definição de militar expressa no art. 22”[1118].

Com o devido reconhecimento ao mérito do autor, pensamos que, nesse ponto, há um equívoco em razão da eleição de premissas erradas.

Primeiro, parte Célio Lobão do entendimento de que o tipo penal em estudo exige a configuração do delito por *militar*, quando então teríamos a compreensão do art. 22 do CPM. Todavia, não há a utilização da palavra "militar", mas sim da palavra "superior" que, por raciocínio inverso, conduz à compreensão de "inferior" a figurar no polo ativo do delito. Caso a lei desejasse restringir o crime a militares da ativa, o teria grafado da seguinte maneira: *Praticar o militar violência contra superior*.

A disposição *suso* pareceria redundante ao estudioso, porém, em detida análise do sistema trazido pelo CPM, em face do art. 22, compreender-se-ia que, em verdade, estar-se-ia buscando maior restrição para a sujeição ativa.

Outra premissa que nos parece equivocada na visão de Célio Lobão é a conclusão de que a lei penal militar considera o reformado e o militar da reserva como civis.

Com efeito, tanto o civil como o inativo são tratados no mesmo dispositivo, o inciso III do art. 9º do CPM; isso, contudo, não nos leva a concluir por uma perfeita identidade entre eles, mas, apenas, aí sim, uma equiparação, uma maior exigência para que cometam crimes militares. Prova dessa construção é que a lei se refere a eles de forma expressa, quando poderia, no inciso III, por outro bordo e em contraposição aos incisos I e II do mesmo artigo, utilizar expressões generalizantes, a exemplo de "nos demais casos", "para as demais pessoas" etc.

Daí a concluir que a igualdade também se dá para o inativo no polo passivo da ação, como pretende o autor, é um salto muito mais pretensioso e descabido, pela ausência de respaldo legal. Pode, sim, um inativo figurar no polo passivo, como sujeito passivo mediato de um delito de violência contra superior.

Por derradeiro, indiscutível que a agressão por ou contra um inativo pode afetar, sobremaneira, a autoridade e a disciplina militares, bens tutelados pelo título que contém a violência contra superior.

Valemo-nos do mesmo exemplo de Célio Lobão. Imaginemos que a

agressão do Major PM ao Oficial-General reformado tenha sido no interior do quartel e perante a tropa formada. Nesse caso, não é patente uma agressão à autoridade e à disciplina militares? Pensamos que sim, e que o delito de lesão corporal, em nome do princípio da especialidade, deve sucumbir em face do de violência contra superior, mesmo porque, em se tratando de política criminal, não nos parece que o art. 209 do CPM contenha a resposta ao fato à altura do que exige o sistema imposto pelo Código Penal Militar.

• **Elementos objetivos:** o conceito de "superior", já consignamos várias vezes, possui duas compreensões. Inicialmente, há a concepção que se infere de uma organização militar, onde vinga o conceito hierárquico – o General de Exército é superior ao General de Divisão, que é superior ao General de Brigada, que o é ao Coronel, e assim por diante.

Todavia, para evitar distorções na compreensão do escopo trazido pelo CPM, a própria lei traz outro conceito de superior, aquele atrelado à função, que somente vingará quando houver igualdade de posto ou de graduação. O conceito de superior funcional está na Parte Geral do Código Penal Militar (art. 24), e abrange aquele que, em face de um par, está desempenhando função de posto ou graduação superior de ambos.

Ainda acerca da temática da elementar superior, conforme dispusemos no estudo da Parte Geral, não entendemos haver vínculo de subordinação capaz de preencher o tipo penal entre militares das Polícias Militares (ou Corpos de Bombeiros Militares) e os militares das Forças Armadas. Por outro lado, exceto no que tange à superioridade funcional, é perfeitamente possível – pela doutrina dominante, esquecendo-se do nosso tão caro *pacto federativo* discutido na Parte Geral – vínculo hierárquico entre militares de Força Armada diversa (p. ex.: um do Exército e outro da Marinha) e de Instituições Militares Estaduais de Unidades Federativas distintas (p. ex.: militar do Estado de São Paulo que agride superior da Polícia Militar do Rio Grande do Norte).

O tipo diz praticar *violência* contra superior. Violência consiste na força física empregada, no caso, contra o corpo do superior. Trata-se da *vis corporalis*, quando o agente utiliza o próprio corpo, ou da *vis physica*, quando o agente utiliza um instrumento para praticar a violência.

Dessa forma, considera-se violência não só o empurrão, mas também o arremesso de um objeto, a ordem para um animal atacar ou investidas similares, porquanto, nesses casos, apesar de o autor não atingir a vítima secundária pessoalmente, foi ele o responsável pela conduta, assim como pelo resultado.

Não há falar na ocorrência do delito quando a violência é praticada contra coisa, por exemplo, atingir o veículo no qual se encontra o superior. Por outro lado, ministrar substâncias que afetem o organismo do superior pode constituir o crime**[1119]**.

Em suma, como exemplos de violência contra superior podemos citar o empurrão caracterizador de vias de fato, como acima referido, "a bofetada, a esputação"**[1120]**, o ato de "arrancar distintivo, botão do bolso ou outra parte do fardamento ou do traje civil, dar tapa na cobertura, lançando-a ao chão ou simplesmente deslocando-a, assim como empurrar o superior com o corpo ou com um objeto, segurar-lhe o braço, bater-lhe com a mão ou com qualquer objeto ou 'coscientemente e volontariamente trattiene per un braccio il superiore'"**[1121]**.

Por outro lado, não se configura violência contra superior o ato de cuspir sobre ele**[1122]**, conduta que poderá caracterizar outros delitos, como o desrespeito a superior (art. 160 do CPM) ou mesmo o desacato a superior (art. 298 do CPM).

Não se exige para a configuração do delito que haja a lesão corporal, mas, sim, que haja o deslocamento de energia atingindo o corpo do superior de modo a afetá-lo, adaptando-se ao conceito de violência. Nesse sentido, *vide* decisão da Apelação Criminal n. 4.904/2000, do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, julgada em 21 de maio de 2002, sob relatoria do Juiz Evanir Ferreira Castilho, cuja ementa ora se apresenta:

"Para a caracterização do delito de violência contra superior é desnecessário que o agente, policial militar, produza lesão corporal na vítima. A embriaguez voluntária do acusado não o beneficia".

Dessa forma, também não se caracteriza o delito em estudo, mas

outro, como o desrespeito a superior, o ato de o subordinado, com a intenção de desconsiderar o superior, arremessar-lhe excrementos.

Ademais, havendo a lesão, ou mesmo resultado mais grave, o crime poderá ingressar naquilo que a lei intitulou, de forma equivocada, de formas qualificadas.

As chamadas "formas qualificadas", em verdade, não são somente espécies qualificadas da violência contra superior, mas também regras que materializam o concurso de crimes e causas especiais de aumento de pena (ou majorantes).

"Alguns doutrinadores", adverte Bitencourt, "não fazem distinção entre as majorantes e minorantes e as qualificadoras. No entanto, as *qualificadoras* constituem verdadeiros tipos penais – tipos derivados – com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes e minorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem a sua variação. Ademais, as majorantes e minorantes funcionam como modificadoras na terceira fase do cálculo da pena, o que não ocorre nas qualificadoras, que estabelecem limites mais elevados, dentro dos quais será calculada a pena base... Outra distinção que se pode lembrar é que as qualificadoras são de aplicação obrigatória, enquanto as majorantes, havendo concurso delas, previstas na Parte Especial do Código, podem aplicar-se somente à mais grave"**[1123]**.

Assim, vejamos as formas qualificadas e as majorantes do crime de violência contra superior.

A primeira delas, grafada no § 1º, consiste em uma forma qualificada, em que o superior agredido é o Comandante da Unidade Militar a que pertence o autor do fato. Essa previsão tem amparo no fato de que o Comandante é a personificação da autoridade militar no quartel, a autoridade máxima daquela célula de tropa. Além disso, por questão hierárquica, é cada vez menor o acesso que o militar tem a seus superiores à medida que o grau hierárquico vai se elevando. Investir fisicamente contra o *baluarte* da disciplina e da autoridade militar cujo acesso é o mais restrito representa, certamente, lesão ao bem jurídico sensivelmente maior que a de um soldado que agride um cabo.

Unidade, na compreensão penal militar, deve ser entendida como a fração de tropa com autonomia de emprego em nível de Batalhão, no mínimo (ou equivalente, como Regimento de Cavalaria, Grupamento de Bombeiros, Grupo de Artilharia etc.). Caso queiramos uma definição regulamentar, podemos, por exemplo, ater-nos ao que dispõe o Regulamento Interno dos Serviços Gerais do Exército (RISG), em seu art. 14, que assim dispõe: "Unidade é a OM**[1124]** da F Ter **[1125]** cujo comando, chefia ou direção é privativo de oficial superior**[1126]**, podendo ser denominada regimento, batalhão, grupo, esquadrão de aviação, parque ou depósito"**[1127]**.

Cabe aqui uma distinção da compreensão dada em alguns regulamentos disciplinares, como o da Polícia Militar do Estado de São Paulo (Lei Complementar n. 893, de 9-3-2001), que, em seu art. 86, define Comandante de Unidade, para fins disciplinares, como aquele que desempenha função de Tenente-Coronel PM ou de Coronel PM. Há, pois, uma dualidade, que explicaremos com o seguinte exemplo: em uma Organização Policial Militar comandada por Coronel PM, haverá a subdivisão em Departamentos chefiados por Tenentes-Coronéis; cada um desses Tenentes-Coronéis terá competência disciplinar própria e autônoma nos termos do Regulamento Disciplinar da PM paulista, como a autonomia para agravar uma punição aplicada por autoridade subordinada (art. 62 do Regulamento Disciplinar); por outro lado, como aquela fração não está apartada, contendo outros níveis acima de decisão no mesmo órgão, os Tenentes-Coronéis, chefes de Departamentos, não serão *comandantes de Unidade* para fins de aplicação da lei penal militar.

Note-se que, por força do art. 23 do CPM, equipara-se *ao comandante, para o efeito da aplicação da lei penal militar, toda autoridade com função de direção*, o que estende a compreensão acima para os Diretores de Órgãos de Apoio ou de Serviços, desde que possuam a chamada autonomia mínima de emprego.

Pelo que se expôs, é muito raro um Oficial no posto de Capitão ou de Major estar na condição de Comandante de Unidade, porém, possível é vislumbrar possibilidades excepcionais. Assim, pois, termos a circunstância de Comandante de Unidade para o Capitão que comande uma Companhia

(Subunidade) Independente, unidade hoje extinta em São Paulo, mas que já compôs o organograma da Milícia paulista. A subunidade independente, assinale-se, também é possível nas Forças Armadas, como no Exército, que as define no art. 16 do RISG: "As subunidades independentes são OM da F Ter denominadas companhia, esquadrão, bateria ou esquadrilha de aviação, sendo também consideradas, para todos os efeitos, corpos de tropa".

Outra possibilidade para Capitães ou Majores figurarem como comandantes de Unidades – também excepcional – é o desempenho de comando interino, em substituição ao efetivo. No entanto, para que haja essa qualificadora, é preciso que o sujeito ativo tenha conhecimento dessa circunstância excepcional.

Por fim, deve-se ter em mente que, quanto maior o posto e a função, mais difícil é detectar o efetivo comandamento de Unidade, sendo, em alguns casos, é inviável o reconhecimento dessa qualificadora. Assim, por exemplo, se um militar do Estado agredir o Subcomandante da briosa Polícia Militar do Estado do Paraná, não haverá incidência da qualificadora, que deve ficar restrita aos que efetivamente comandam um Corpo de Tropa sediado em determinado ambiente, geralmente um batalhão, um grupamento de bombeiros etc.

Essa interpretação, obviamente, leva a uma incongruência, já que se tem a forma qualificada para o agressor, e. g., do Comandante do Batalhão responsável pela segurança curitibana, e não se terá para o agressor do Subcomandante de toda a Milícia paranaense. Ocorre que devemos lembrar que o Código Penal Castrense foi, propriamente, idealizado para as Forças Armadas e, nessas instituições, a agressão a alguém acima de um Comandante de Unidade importará na agressão de um Oficial-General, o que também qualifica o delito.

Outro motivo para qualificar o delito, ainda no § 1º, é o fato de o superior atingido ser Oficial-General. Nas Forças Armadas, esse é o maior círculo das três Forças e a motivação da qualificação é a mesma que já foi expressa. Os Oficiais-Generais, em tempo de paz e em ordem crescente, são: na Marinha de Guerra do Brasil, o Contra-Almirante, o Vice-Almirante e o Almirante de Esquadra; no Exército Brasileiro, o General de Brigada, o General de Divisão e o General de Exército; na Força Aérea Brasileira, o Brigadeiro, o

Major-Brigadeiro e o Tenente-Brigadeiro[1128].

Nas Polícias Militares, por imposição do Decreto-Lei federal n. 667, de 2 de julho de 1969, o ápice do oficialato é o posto de Coronel, não cabendo, portanto, a incidência dessa qualificadora. Como ocorre em São Paulo, algumas Polícias Militares conferem aos Comandantes-Gerais, por previsão do Regulamento de Honras e Continências, *status* de Oficial-General. Tal previsão, no entanto, não os caracteriza como Oficiais-Generais para fins penais militares, ou, do contrário, estaríamos utilizando a analogia *in malam partem*. Dessarte, uma agressão perpetrada contra o Comandante-Geral não terá a qualificadora em estudo, não se podendo, aqui, diferentemente do que postularemos adiante, ao tratar da pena aplicada ao crime de deserção especial, fazer uma interpretação extensiva, já que não se pode inferir esse caminho, essa linha de raciocínio.

A outra espécie das chamadas "formas qualificadas", prevista no § 2º, é, em verdade, uma majorante ou causa especial de aumento de pena. Segundo ela, a pena será aumentada de um terço se houver o uso de arma. A arma, aqui, é de notar, pode ser própria ou imprópria, mas deverá ser utilizada na prática da violência, não bastando que o militar agressor a porte ou a utilize como objeto potencializador de uma grave ameaça. A razão para essa majorante é simples e repousa no fato de que a arma aumenta o potencial ofensivo do autor em desfavor do ofendido, acentuando-se, pois, a reprovação da conduta.

Conforme inteligência do § 3º do art. 157, a pena será afetada também no caso de lesão corporal resultar da violência. Em verdade, trata-se de uma regra que objetiva o concurso formal dos crimes de violência contra superior e o de lesão corporal, uma vez que a ação atinge bens jurídicos diversos, tutelados por dispositivos diferentes. A exemplo do que ocorre com o art. 153, aqui também parece haver uma regra própria, diversa daquela estipulada pelo art. 79 do CPM, impondo sempre o cúmulo material, ainda que se trate de espécies diversas, o que deflui da análise da palavra "além", que indica soma, afastando-se, pois, a exasperação. É de ressaltar que se fôssemos aplicar a regra do art. 79 no crime de violência contra superior qualificado, e que resultasse em lesão corporal, teríamos para o primeiro a pena de reclusão, e, para o segundo, a pena de detenção, portanto, penas de espécies diversas que deveriam, pela regra

do concurso de crimes, ser unificadas pela exasperação e não pela simples soma.

A morte resultante da violência também qualifica o delito, nos termos do § 4º, elevando os limites, mínimo e máximo, para os mesmos cominados ao homicídio qualificado (art. 205, § 2º, do CPM). Não se trata de regra de concurso de crimes, mas de qualificadora. Interessante notar que não se fala aqui, como, aliás, também no caso do resultado *lesão corporal*, em crime preterdoloso, cuja possibilidade será estudada quando da análise do art. 159 do CPM. Há, sim, dolo no antecedente e dolo no consequente, descrevendo, pois, uma progressão criminosa em que o agente, primeiro, desejou meramente agredir o superior e, posteriormente, decidiu dar cabo de sua vida.

Por fim, haverá causa especial de aumento de pena, e não qualificadora, segundo o § 5º do artigo estudado, se o crime ocorrer em serviço. Serviço, aqui, deve ser entendido de forma ampla, segundo a qual estará em serviço o militar que esteja desempenhando funções em sua Corporação, ainda que em caráter precário, sem escala de serviço, mas, por adesão, em face de uma situação repentina que o chame a atuar. Para o tipo penal, tanto faz estarem em serviço o autor, o ofendido ou ambos, pois o fato em questão prejudicará o serviço em qualquer dessas hipóteses, sem contar a eventual presença de outros militares, o que faria a repercussão do evento ser maior, promovendo danos mais sensíveis à disciplina e à autoridade.

Tormentosa questão diz respeito à incidência de duas ou mais hipóteses dos parágrafos em um mesmo caso.

Para buscar dirimir tal dúvida, inicialmente relembremos que a natureza jurídica das *formas qualificadas* não é única, havendo causas qualificadoras do crime, causas especiais de aumento de pena e regra expressa de concurso de crimes.

Iniciemos afastando a possibilidade de dupla incidência dos institutos de mesma natureza.

Assim, não é possível que duas qualificadoras sejam reconhecidas, já que o Juiz deverá tomar a pena-base por uma delas, não podendo qualificar, primeiro, por ser contra Comandante de Unidade (§ 1º do art. 157), depois, por

ter redundado em morte do sujeito passivo mediato (§ 4º do art. 157). Há de prevalecer, nesse caso, a mais grave das qualificadoras, ou seja, aquela referente ao resultado morte, porquanto é o bem jurídico de maior gradação tutelado pela norma.

Também inviável é a dupla incidência de *majorantes*. Como preleciona Bitencourt, "havendo concurso delas, previstas na Parte Especial do Código, podem aplicar-se somente à mais grave"**[1129]**. Nesse contexto, não se pode majorar a pena em um terço pelo fato de o agente ter empregado arma (§ 2º do art. 157) e, em seguida, majorar novamente (a pena já majorada) em um sexto, pelo fato de o agente ter praticado a violência em serviço (§ 5º do art. 157). Há de restar apenas a mais grave, isto é, aquela que majora a pena em um terço.

Não há possibilidade de duas hipóteses de concurso de crimes, porquanto o tipo penal apenas consagra a prevista no § 3º, ou seja, quando resultar lesão corporal.

Por outro foco, perfeitamente possível é a coexistência de qualificadora e de majorante, desde que respeitados os limites trazidos pelo art. 58 do CPM**[1130]**. Também possível a incidência da regra do concurso de crimes, precedida de qualificadora e seguida de majorante.

Vejamos algumas hipóteses exemplificativas:

a) um militar do Estado pratica violência contra seu Comandante de Unidade, com a utilização de arma de fogo; nesse caso a pena base será definida dentro dos limites do delito qualificado pelo § 1º e sofrerá a majoração de um terço em razão da previsão do § 2º;

b) um soldado do Exército pratica violência contra um Terceiro-Sargento, com o emprego de arma de fogo, resultando, da agressão, lesões corporais; a pena unificada deverá ser a soma da violência contra superior, majorada de um terço, nos termos do § 2º, com a correspondente à lesão corporal, segundo o que determina o § 3º do art. 157; poderá causar espécie ao ator do Direito Penal Militar, atento à topografia do CPM, o fato de o § 2º ser

projetado para aplicação posterior ao § 3º, porém, assim nos parece, essa impropriedade já foi superada pela doutrina ao admitir no Código Penal comum, por exemplo, possibilidades em que o homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do CP) tem a pena minorada em face do privilégio do art. 121, § 1º, do CP, desde que a incompatibilidade não seja em razão de causas subjetivas, como qualificado por motivo fútil e privilegiado por relevante valor moral**[1131]**; ademais, deve-se ter em mente que a regra da majorante incide, faticamente, na imposição da pena, em momento anterior à aplicação da regra do concurso, pois primeiro se majora a violência contra superior para, só então, somar sua pena com aquela correspondente à lesão resultante;

c) a situação acima também se presta à explicação da coexistência da qualificadora e da regra do concurso, exceto se a qualificadora referir-se ao resultado morte, quando a lesão ficará absorvida pelo resultado mais grave; assim, o Primeiro-Tenente da Força Aérea que agrida o Comandante de sua Unidade, causando-lhe lesões corporais, terá a pena unificada pela regra do cúmulo material; porém, ao se buscar a pena-base para a violência contra superior, dever-se-á focar na pena da forma qualificada do § 1º, para só então somá-la àquela correspondente à lesão (§ 3º do art. 157); pode-se ainda ir mais longe, imaginando, por exemplo, que o Oficial agressor estava de serviço, ocasião em que o aplicador da lei penal militar deveria primeiro estabelecer a pena base, observando os limites da forma qualificada do § 1º, majorá-la de um sexto em razão do § 5º e, finalmente, aplicar o cúmulo material em razão da previsão do § 3º.

Pertinente neste ponto alertar o estudioso acerca da possibilidade de incidência do agente em erro de fato acidental, construção sobre a qual não nos debruçaremos com muitos detalhes por já ter sido objeto de estudo na Parte Geral.

O Código Penal Militar, em seus arts. 37 e seguintes, consagra como espécie de *erro de fato* o *erro de fato acidental*, que pode incidir sobre a pessoa (erro sobre a pessoa, ou mesmo, para o CPM, o erro de execução) ou o objeto, não constituindo elemento fundamental do crime, que persiste apesar do erro,

tornando-se irrelevante penalmente.

Pode-se citar como exemplo o militar que quer agredir seu superior mas o confunde com um soldado e acaba por atingir este. No caso, teremos o *erro de fato acidental*, respondendo o agente como se tivesse praticado a agressão contra seu superior.

Interessante questão diz respeito ao fato de um civil ter sido vitimado, equivocadamente, por aquele que desejava atingir seu superior. Muito provavelmente, em face do que postula o parágrafo único do art. 9º do CPM, com respaldo da Emenda Constitucional n. 45/2004, que alterou o § 4º do art. 125 da Carta Cidadã, no mesmo sentido, haverá conflito de competência. Em outras palavras, se o agente pretende matar um militar, superior, para afeiçoar-se ao tipo estudado, e, por erro na execução, acaba por atingir um civil, de quem será a competência de julgamento?

Como já postulamos ao comentar a Parte Geral do CPM, há forte tendência no sentido de que deve prevalecer o disposto no parágrafo único do art. 9º, embora não se possam descartar consistentes construções em sentido contrário.

• **Elemento subjetivo:** o tipo penal em estudo só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de investir fisicamente contra o superior.

É preciso frisar que neste delito a ação incriminada é a violência empregada contra o superior, não importando o resultado, que pode somente qualificar o delito. Dessarte, a condição de superior *deve ser conhecida pelo agente* ou, de outra forma, não haverá conformação típica subjetiva, desconstituindo-se esta infração, por ausência do elemento subjetivo (inciso I do art. 47 do CPM). Na verdade, à letra da lei penal militar, estaria afastada a própria tipicidade objetiva ("deixam de ser elementos constitutivos do crime"), mas preferimos entender que há a afetação do dolo.

Nesse aspecto, também fundamental consignar que algumas autoridades militares devem ser necessariamente conhecidas por seus subordinados, isso por imposição expressa dos regulamentos militares, o que influencia diretamente na apreciação do delito em estudo.

A título de exemplo, tome-se o art. 34 do R-Cont (Regulamento de Continências, Honras, Sinais de Respeito e Cerimonial Militar das Forças Armadas), aprovado pelo Decreto n. 2.243, de 3 de junho de 1997, que dispõe, *in verbis*:

"Todo militar é obrigado a reconhecer o Presidente e o Vice-Presidente da República, o Ministro da sua Força, os Comandantes, Chefes ou Diretores da cadeia de comando a que pertencer a sua organização e os oficiais de sua Organização Militar.

§ 1º Os oficiais são obrigados a reconhecer também os Ministros Militares, assim como os Chefes dos Estados-Maiores de suas respectivas Forças.

§ 2º Todo militar deve saber identificar as insígnias dos postos e graduações das Forças Armadas".

O Regulamento supracitado é aplicado em praticamente todas as Polícias Militares do Brasil; em algumas, de forma direta, em outras, de forma indireta e com adaptações, como no caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo, que editou norma específica onde adotou o R-Cont com algumas adaptações. Assim, exemplificativamente, o art. 50 das Instruções Específicas (I-21-PM) dispõe que: "Além das autoridades previstas no artigo 34 do R-Cont todo policial militar é obrigado a conhecer o Governador e Vice-Governador do Estado, o Secretário da Segurança Pública, assim como o Comandante-Geral e o Subcomandante/PM".

Como se percebe, há uma presunção *juris tantum* de que certas autoridades militares – Ministros das Forças Armadas, hoje caracterizados pelos Comandantes das Forças Armadas, Comandantes, Chefes ou Diretores da cadeia de comando e Oficiais da sua Organização Militar, além do Comandante-Geral e do Subcomandante, como em São Paulo – são conhecidas de todos os militares, facilitando, em certo ponto, a tarefa da acusação em provar o elemento subjetivo do crime em um processo por prática do delito de violência contra superior.

O mesmo art. 47 do CPM possui outra causa excludente do elemento subjetivo, especificamente em seu inciso II, que dispõe não se configurar em elementar do tipo "a qualidade de superior ou a de inferior, a de oficial de dia, de

serviço ou de quarto, ou a de sentinela, vigia, ou plantão, quando a ação é praticada em repulsa a agressão".

Primeiro, cumpre entender que *agressão*, grafada pelo tipo, não compreende apenas aquela física, mas também a moral. Nesse sentido já postulamos ao tratar da exclusão de antijuridicidade pela legítima defesa, ocasião em que consignamos: "*agressão* restringe-se a ação humana, dotada de violência real ou ameaça, dirigida a afetar bem jurídico do próprio agredido ou alheio".

Note-se, ademais, que a agressão exigida para conformar o tipo descrito não necessariamente é injusta. Ocorre que, se injusta a agressão, a atitude do sujeito ativo da conduta descrita como violência contra superior poderá estar, se dentro dos parâmetros da proporcionalidade, amparada por excludente de antijuridicidade, a saber, a legítima defesa. Por outra trilha, caso seja a agressão justa, não haverá a exclusão da antijuridicidade, mas afastar-se-á o dolo de violência contra superior, o que não significa dizer que outro crime, como a lesão corporal, não possa subsumir o fato.

Diante do que se consignou, não há violência contra superior, por exemplo, quando a ação do agente pretende evitar o seu recolhimento ao xadrez, podendo configurar-se o crime de resistência do art. 177. Da mesma forma, se o superior incita, provoca, desafia o subordinado ou o trata de forma não condigna, exclui-se a incidência no delito, uma vez que o agente estará em repulsa a agressão moral, por força do que dispõe o art. 47 do CPM**[1132]**.

Não se há de reconhecer também o elemento subjetivo quando o agressor busca atingir a pessoa, e não a figura do superior. Assim, por exemplo, inexiste dolo de violência contra superior no ato de o pai, soldado PM, agredir o filho, Aspirante a Oficial PM, com ânimo de correção; da mesma forma, na agressão entre cônjuges, em que, por motivos afetos à relação conjugal, o subordinado (marido) agride o superior (esposa).

No que pertine, ainda, à compreensão do elemento subjetivo, o estudo do dolo e sua prova nos autos do processo tornam-se de importância ímpar na comparação do delito de violência contra superior com resultado lesão ou morte e os delitos de lesão corporal e de homicídio. Recorramos, mais uma vez, ao exemplo: um militar que deseja matar outro militar, sem com isso querer aviltar

a autoridade e a disciplina personificadas no superior, estará em prática de homicídio, que pode ou não ser qualificado; de outro lado, aquele que quer agredir o superior e, com essa intenção desde o início, progride no sentido de desejar posteriormente sua morte, ao consumá-la, estará praticando violência contra superior, qualificada nos termos do § 4º do art. 157 do CPM.

Por fim, deve-se verificar que se tem decidido que a embriaguez voluntária não afasta o elemento subjetivo do tipo em estudo. Nesse sentido, no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, *vide* a já mencionada Apelação Criminal n. 4.904/2000 (Proc. n. 024204/99 da 1ª Auditoria), julgada em 21 de maio de 2002, sob relatoria do Juiz Evanir Ferreira Castilho:

"Para a caracterização do delito de violência contra superior é desnecessário que o agente, policial militar, produza lesão corporal na vítima. *A embriaguez voluntária do acusado não o beneficia*". (g. n.)

Ainda, do E. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, *vide* Apelação Criminal n. 2.472, julgada em 15 de janeiro de 2008, sob relatoria do Juiz Cel. PM Rúbio Paulino Ribeiro:

"O réu é primário, mas tem, em seus registros funcionais, um histórico de alcoolismo que remonta a 1998. Suspendeu voluntariamente a medicação controlada que usava e se embriagou, tendo consciência dos atos praticados. A ingestão imoderada de álcool não afasta a culpabilidade dos delitos praticados e não elide o injusto penal.

A inimputabilidade pela embriaguez no meio militar deve ser tratada com especial cautela, sob pena de se escancarar oportunidades para a prática de violência e desacatos preordenados. Alcoolismo e vida militar não se coadunam.

Mantida a sentença prolatada em primeiro grau. Provimento negado".

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor atinge fisicamente o superior, seja direta, seja indiretamente.

• **Tentativa:** é possível no caso em que o agente investe contra a vítima mas circunstâncias alheias à sua vontade o impedem de atingi-la.

Visão interessante é trazida por Célio Lobão, entendendo que o simples fato de o agente segurar um objeto, um tinteiro, como exemplo, sem arremessá-lo efetivamente, não configura a modalidade tentada do art. 157 do CPM, mas, sim, consumada, do delito capitulado no art. 160, sob a rubrica "desrespeito a superior"[1133]. Com efeito, não havendo, ao menos, a tentativa branca pelo arremesso do objeto, não há por que fazer a construção da tipicidade indireta da tentativa, quando o tipo do art. 160 subsume perfeitamente o fato. Há, mais uma vez, a aplicação de uma norma prevalente em face do princípio da especialidade.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito somente pode ser perpetrado propriamente por militares, da ativa ou em inatividade (exceto os da reserva não remunerada), para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, devem-se verificar o inciso I ou o inciso III, ambos do art. 9º do CPM, conforme o caso, que trarão ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1134].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

3.2. Violência contra militar de serviço

• **Tipo legal**

Art. 158. Praticar violência contra oficial de dia, de serviço, ou de quarto, ou contra sentinela, vigia ou plantão:

Pena – reclusão, de três a oito anos.

Formas qualificadas

§ 1º Se a violência é praticada com arma, a pena é aumentada de um terço.

§ 2º Se da violência resulta lesão corporal, aplica-se, além da pena da

violência, a do crime contra a pessoa.

§ 3º Se da violência resulta morte:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

• **Objetividade jurídica:** a objetividade jurídica deste delito continua sendo a autoridade e a disciplina militares, visto que a agressão, na forma descrita pelo tipo em estudo, perturba sobremaneira a regularidade das Instituições Militares e, consequentemente, a ordem disciplinar vigente.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo poderá ser o militar, federal ou dos Estados, bem como qualquer civil, este somente na seara federal, em vista da limitação constitucional das justiças castrenses estaduais.

Interessante notar que mesmo um militar superior hierárquico pode figurar no polo ativo, perpetrando o delito contra uma pessoa investida das funções consignadas no tipo. Assim, e. g., seria possível um General de Exército ser sujeito ativo ao praticar violência contra um soldado, na função de sentinela.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar, mas não podemos esquecer do próprio militar agredido, que é vítima secundária (ofendido), ou, ainda, sujeito passivo mediato. Contudo, aqui não falamos de qualquer militar, mas, tão-somente, daquele que exerce as funções descritas no tipo estudado.

• **Elementos objetivos:** como já ressaltado acima, no tipo ora estudado, qualquer pessoa pode praticar a conduta nuclear, que, mais uma vez, refere-se à violência, sendo, portanto, válidas as construções consignadas no art. 157 do CPM.

A conduta violenta é direcionada contra o militar de serviço, nas funções grafadas no tipo penal, ou seja, *contra oficial de dia, de serviço, ou de quarto, ou contra sentinela, vigia ou plantão*.

Por *Oficial de Dia* deve-se compreender o Oficial que desempenhe a função de gerenciamento de uma Unidade militar, mormente fora de horários de expediente, em que dito Oficial personifica o próprio Comandante da

Unidade[1135]. É ele, em suma, responsável pela manutenção das atividades cotidianas de um quartel no que concerne à segurança, arranchamento, recebimento de gêneros, controle de acesso de pessoas à Unidade etc.

Eventualmente, a função do *Oficial de Dia*, por déficit de efetivo ou por questões ligadas ao ensino (estágio), poderá recair sobre Praça ou sobre Praça Especial, quando se deverá reconhecer naquele militar a autoridade concernente à função, sendo, portanto, possível ocorrer o delito em estudo. É o caso de algumas milícias brasileiras que, com falta de Oficiais subalternos, normatizam a função de *Oficial de Dia* como possível de ser desempenhada por Subtenente PM ou mesmo por Primeiro-Sargento. Também comum, para fins de formação, que Aspirante a Oficial e Alunos Oficiais (Cadetes), estes apenas no âmbito das Academias Militares, desempenhem a função de Oficial de Dia para que possam absorver, pela prática, as peculiaridades dos serviços que, em breve, poderão desempenhar. A extensão da tutela à autoridade nos casos citados é compreensível, porquanto a esses militares, Praças (no caso aqui apenas os Subtenentes e os Primeiros-Sargentos) ou Praças Especiais (Aspirantes a Oficial e Cadetes), quando do desempenho da função de *Oficial de Dia*, fica conferida toda a gama de deveres inerentes à função, sendo lógico, portanto, que a eles também se defira uma tutela especial à sua autoridade na função. A expressão *Oficial de Dia*, em suma, refere-se à função, e não ao posto (no caso, Graduação) de quem a ocupa.

Por *Oficial de Serviço* deve-se compreender toda e qualquer função do serviço da caserna conferida a Oficial, a exemplo de *Oficial de Comunicação Social*, mormente em ações cívico-sociais, o *Comandante de Linha de Fogo* em exercício de tiro, o *Oficial de Comunicações*, o *Comandante de Força Patrulha* (conhecido por CFP)[1136] no serviço de policiamento ostensivo das Polícias Militares, o *Oficial de Área* na nobre atividade de extinção de incêndios dos Corpos de Bombeiros Militares, o *Comandante de Subunidade* (*Companhia*), o *Médico de Dia* etc. Eventualmente, pelas mesmas razões acima consignadas, Subtenentes ou Aspirantes a Oficial concorrem às funções de alguns Oficiais de Serviço, como já ocorreu, e ocorre, em algumas milícias brasileiras no que concerne à função de *Comandante de Força Patrulha* ou de *Oficial de Área*,

devendo, também aqui, ser garantida a autoridade da função desempenhada.

Consigna ainda o tipo penal a figura, como ofendido, do *Oficial de Quarto*, o que exige, primeiro, a compreensão do que seja *quarto*.

Um dia de serviço em uma Unidade Militar é dividido em quartos de seis horas, totalizando as vinte e quatro horas do dia em que uma equipe de militares promove a segurança do quartel. Comumente, para cada militar – aqui não nos referimos aos Oficiais, mas àqueles que desempenham a função de sentinela ou de plantão, geralmente detentores de graduação de cabo ou de soldado, sendo importante a construção em andamento, todavia, para compreender a expressão "quarto" –, nesse quarto de seis horas, há uma divisão na proporção de duas horas de efetiva atividade de segurança, quando o militar estará na fiscalização efetiva, por quatro horas de descanso, sem deixar a Unidade, permanecendo o militar em ambiente próprio e previamente definido para eventual emprego emergencial, uma espécie de força de reserva**[1137]**. Pois bem, nas duas horas em que o militar permanece no desempenho efetivo de segurança se diz que ele está *de quarto*, *no seu quarto*, querendo significar que ele está, em verdade, naquela parcela do dia em que desenvolve seu turno de segurança. Dadas as peculiaridades de cada Unidade e serviço, o tempo de permanência "no quarto" e as respectivas horas de folga podem variar, principalmente por definição das chamadas NGA (Normas Gerais de Ação), o que não desnatura a designação do período. Dessa forma, nos usos e costumes militares convencionou-se chamar de *quarto* o período em que o militar está efetivamente no desempenho de vigilância, tradicionalmente, de duas horas, mas comportando variações, sendo possível, por exemplo, falar em *quartos* de duas horas, três horas, quatro horas etc.

Oficial de Quarto, nessa compreensão, traduz-se por aquele que possui uma incumbência específica de vigilância, ainda que não esteja na função de *Oficial de Dia*, ou em qualquer outra função de serviço que o caracterize como *Oficial de Serviço*. Podemos imaginar um exemplo: em uma Unidade de fronteira do Exército Brasileiro, há a notícia de invasão por um grupo de guerrilheiros de país estrangeiro, em face do que o Comandante da Unidade decide criar um esquema novo para reforçar a segurança; dito esquema consiste

no desencadeamento de rondas periódicas por todos os Oficiais da Unidade, divididas por *quartos*, isso sem prejuízo das rondas efetuadas pelos integrantes do serviço daquele dia; nessa dinâmica, um Capitão, por exemplo, que more em vila militar ao lado do quartel, estará em sua residência com a família, porém, em seu *quarto*, deixará o aconchego do lar e partirá para uma ronda, ao final da qual retornará à sua residência.

Para nós, a expressão “Oficial de Serviço” poderia muito bem abranger todas as funções descritas, todavia, talvez por zelo extremado, com receio de que alguma função importante ficasse fora da compreensão do tipo, o Código Penal Militar optou por enumerar algumas funções, ainda que redundantes.

Buscou, também, a lei tutelar algumas funções desempenhadas por Praças, especificamente aquelas dotadas de certa autoridade, uma vez que é ela, a autoridade militar, uma faceta do escopo protetor da norma estudada. Assim, também haverá o delito se houver a prática de violência contra *sentinela, vigia* ou *plantão*.

Sentinela é o militar que guarda determinado local com ou sem arma, em posto fixo ou móvel. A principal sentinela é aquela alocada no portão de entrada das Unidades, local denominado *Portão das Armas*, o que gerou a designação dessa sentinela como *Sentinela das Armas*. As demais sentinelas são denominadas *Sentinelas Cobertas*.

Geralmente o serviço de sentinela está normatizado em regulamentos e instruções como os já citados R-Cont e, principalmente, RISG, o qual enumera, em seu art. 218, as funções da sentinela.

Os regulamentos militares preveem que a *Sentinela* é inviolável, sendo severamente punido aquele que atente contra a sua autoridade. O art. 158 do CPM vem confirmar essa previsão, elevando ao plano criminal, com especial reprovabilidade, o fato de alguém agredir uma *Sentinela*.

Tal qual a *Sentinela*, o *Vigia* exerce uma função de proteção, porém, assim pensamos, não de um local, podendo ser fixo ou móvel, mas de uma situação que pode desdobrar-se em um único ambiente ou ganhar outras

locações. Há, a título de exemplo, vigilância de pessoas detidas no quartel, ou mesmo de pessoas que a ele se avizinham trazendo um risco à segurança, por exemplo, em um acampamento de pessoas que protestam contra alguma situação política que lhes desagrada. Um caso que se afeiçoa à descrição do tipo seria o do militar que faz a vigilância de outro militar recolhido disciplinarmente no interior de um quartel da Milícia paulista, por força do art. 26 da LC n. 893/2001 (RDPM). Note-se que a sua função será acompanhar o recolhido, deixando, inclusive, as instalações em que ele pernoitará (sala, xadrez etc.), não se caracterizando, pois, a figura da *Sentinela*, ligada à concepção de posto, que, por sua vez, exige uma compreensão de *lugar vigiado*.

Por fim, ainda se configura o delito quando a violência é empregada contra a figura do *Plantão*. Também em função de vigilância, o *Plantão* compõe a segurança das Subunidades incorporadas a uma Unidade (não destacada e não independente), sem a limitação de postos, porém com a restrição às instalações de uma Companhia, Esquadrão, Subgrupamento de Bombeiros etc. Os Plantões compõem a guarda da Subunidade, que tem por principais funções: manter a ordem, a disciplina e o asseio no alojamento e demais dependências acessíveis às praças; vigiar as praças detidas no alojamento; não consentir jogos de azar, disputa ou algazarra; não permitir a saída de objetos sem autorização dos respectivos donos ou responsáveis; e cumprir e fazer cumprir todas as determinações das autoridades competentes**[1138]**.

O delito em estudo, como no crime anterior, sob a rubrica equivocada de "formas qualificadas", prevê uma forma qualificada, outra causa especial de aumento de pena e uma regra expressa para o concurso de crimes. Faremos breves anotações acerca das *formas qualificadas*, rogando ao estudioso que verifique os comentários apostos no art. 157.

O § 1º traz a mesma majorante do § 2º do art. 157, segundo a qual a pena será aumentada de um terço se houver o uso de arma (própria ou imprópria), que deverá ser efetivamente utilizada na prática da violência.

Tal como o § 3º do art. 157, o § 2º do art. 158 dispõe que haverá concurso formal de crimes no caso de a lesão corporal resultar da violência, exigindo-se também o cúmulo material de penas.

Por fim, resultando a morte do ofendido em razão da violência, havendo dolo em ambos, prática da violência e o atingimento do resultado letal**[1139]**, o delito será, nos termos do § 3º, qualificado, com pena de reclusão de doze a trinta anos.

Os comentários grafados acerca da coexistência de majorante, qualificado e regra do concurso de crimes, consignados nos apontamentos do art. 157, devem aproveitar à compreensão das "formas qualificadas" do presente delito.

Cumpre investigar, em sede de comentário final, como se dirime o conflito aparente de normas entre o delito em estudo e aquele previsto no art. 157, § 5º, quando o sujeito ativo agride um superior, Oficial que esteja em serviço. Hipoteticamente, imaginemos um soldado PM que vá ao quartel buscar fardamento e, por qualquer motivo, acabe praticando violência contra o Segundo-Tenente na função de *Oficial de Dia*. Logo perceberemos que ambos os tipos poderão subsumir o fato.

A solução para esse conflito deve ser torneada pelo *princípio da especialidade*, buscando encontrar a norma com maior número de elementos distintivos, ou seja, a norma mais específica (*lex specialis derogat legi generali*).

Nos sempre aprumados dizeres de Francisco de Assis Toledo, se "entre duas ou mais normas legais existe uma relação de especialidade, isto é, de gênero para espécie, a regra é a de que a norma especial afasta a incidência da norma geral. Considera-se especial (*lex specialis*) a norma que contém todos os elementos da geral (*lex generalis*) e mais o elemento especializador. Há, pois, em a norma especial um *plus*, isto é, um detalhe a mais que sutilmente a distingue da norma geral"**[1140]**.

Nesse diapasão, o delito do art. 157, § 5º, há de prevalecer, se não vejamos:

a) no que concerne ao bem jurídico tutelado, ambos os tipos estão capitulados nos crimes contra a disciplina e a autoridade militares, cada qual buscando uma tutela específica sobre determinada autoridade; no primeiro caso,

do art. 157, § 5º, a autoridade do superior; no segundo caso, do art. 158, a autoridade representada por algumas funções, como a de *Oficial de Dia*; portanto, com base na análise do bem jurídico, não há como dirimir o conflito;

b) também impossível solucionar o concurso aparente de normas com base no elemento subjetivo, porquanto, aquele que sabe agredir o *Oficial de Dia*, em sendo soldado PM, saberá necessariamente que agride um superior seu, estando o ofendido em serviço;

c) o sujeito passivo dos delitos, da mesma forma, não se presta à distinção, uma vez que a Instituição Militar, titular dos bens jurídicos aviltados, figura no polo passivo dos delitos; os sujeitos passivos mediatos, da mesma forma, são inertes à distinção, pois cada delito refere-se a uma situação específica que impossibilita a comparação para a aferição da especialidade;

d) a conduta nuclear de ambos os delitos é a mesma, caracterizada pela prática de violência, entendendo-se a violência física;

e) deixamos por último o sujeito ativo, uma vez que nele repousa a distinção fundamental que caracteriza a prevalência do delito de violência contra superior; no crime de violência contra militar de serviço, a sujeição ativa pode ser de qualquer pessoa, civil ou militar; por outro bordo, no crime de violência contra superior, a sujeição ativa pode somente recair sobre inferior hierárquico, portanto, limitando-se a militar, redundando na maior especificidade do delito.

Malgrado essa construção, o comportamento jurisprudencial não é uníssono. Já houve decisão, por exemplo, em que Policial Militar proferiu palavras de baixo calão para seu superior, tentando, posteriormente, agredi-lo fisicamente, reconhecendo o colegiado de primeira instância, com posterior confirmação pelo Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, a existência dos delitos de desacato a superior e de violência contra militar de serviço na forma tentada**[1141]**. Ora, com a devida vênia, a decisão é, por si só, contraditória, porquanto, caso desse prevalência à condição de militar de serviço e não a superior**[1142]**, a condenação deveria ser por desacato a militar de serviço (art. 299 do CPM) e por violência contra militar de serviço (art. 158 do CPM).

• **Elemento subjetivo:** da mesma forma que no delito anterior, o tipo

penal estudado só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de investir fisicamente contra militar nas funções descritas pelo tipo.

A condição do militar de serviço deve ser conhecida pelo agente. Muito embora não exista expressamente a exclusão da condição de militar de serviço (art. 47, I, do CPM), quando desconhecida pelo agente, a nosso ver, como postulamos nos comentários à Parte Geral, o dispositivo merece uma releitura, já que a exclusão não pode ser restrita aos casos de superioridade e inferioridade hierárquica, porquanto a estrutura apresentada seria incoerente com a compreensão que se tem do dolo, seja na atual vertente em que se postula o dolo natural, seja na compreensão anterior em que estava contida no dolo a consciência da ilicitude (*dolus malus*). Por outra visão, quase impossível que o agente desconheça a figura do militar em serviço, que, em regra, estará fardado, havendo algumas instituições que se utilizam de sinais distintivos da função desempenhada pelo militar, por exemplo, o braçal de *Oficial de Dia*.

A exclusão do elemento subjetivo prevista no art. 47, II, agora de forma expressa, também se aplica ao tipo penal militar em estudo. Significa dizer que não se configurará em elementar do tipo a qualidade de "oficial de dia, de serviço ou de quarto, ou a de sentinela, vigia, ou plantão, quando a ação é praticada em repulsa a agressão", sendo válidos os comentários apostos no elemento subjetivo do art. 157 do CPM.

Também aqui nos parece adequado postular que a agressão que não vise a figura do militar de serviço (*Oficial de Dia*, *Sentinela* etc.) não preencherá a tipicidade subjetiva do delito, podendo haver, todavia, subsunção em outro delito militar. Assim, v. g., inexiste dolo de violência contra militar de serviço no ato de o pai, Coronel PM, agredir o filho, Aspirante a Oficial PM na função de *Oficial de Dia*, com ânimo de correção; o exemplo dos cônjuges, no art. 157, também é aplicável ao art. 158, ora analisado.

Por fim, também com muito acerto, tem-se decidido que a embriaguez voluntária não afasta o elemento subjetivo do tipo em estudo.

Além dos julgados citados nos comentários ao elemento subjetivo do art. 157, *vide* novamente – embora discordemos da classificação do delito – a

Apelação Criminal n. 4.605/98 do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, julgada em 6 de junho de 2002, sob relatoria do Juiz Cel. PM Lourival Costa Ramos:

"Policial que profere palavras de baixo calão para seu superior e tenta agredi-lo fisicamente comete os delitos de desacato a superior consumado e de violência contra militar de serviço na forma tentada. A embriaguez do acusado, que não deriva de caso fortuito ou força maior, não o beneficia".

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor atinge fisicamente o ofendido, seja direta, seja indiretamente, pela utilização de objetos.

• **Tentativa:** é possível no caso em que o agente investe contra o ofendido mas circunstâncias alheias à sua vontade o impedem de atingi-lo.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este tipo penal, basta que sejam encontrados os elementos grafados na Parte Especial.

Em caso do cometimento do delito por civil (na esfera federal) ou por inativo, a complementação deve ser buscada nas alíneas do inciso III do mesmo artigo, lembrando que deve o agente, nesse caso, querer atentar contra a própria Instituição Militar[1143].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

3.3. Ausência de dolo no resultado

• **Tipo legal**

Art. 159. Quando da violência resulta morte ou lesão corporal e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena do crime contra a pessoa é diminuída de metade.

Comentários

Aqui se abranda o rigor da punição daquele que tinha, sim, a intenção de agredir, o dolo de atacar fisicamente o superior hierárquico ou o militar em serviço; entretanto, a apuração demonstra que ele, autor, não queria o resultado lesão corporal ou morte (dolo direto) nem assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual).

Dessa forma, como reconhecimento de que o dolo do agente se restringiu à investida, e não ao resultado, o legislador concedeu a aplicação da pena do crime contra a pessoa diminuída pela metade.

Trata-se, sem dúvida, de um crime qualificado pelo resultado. Porém, seria ele *preterdoloso* (ou preterintencional)?

Parte da doutrina utiliza a expressão *crime qualificado pelo resultado* como sinônimo de *preterdolo*, havendo, contudo, vertente que sustenta haver distinções entre as espécies grafadas. Assim, postula Bitencourt que, "segundo a melhor corrente, especialmente na Itália, no *crime qualificado pelo resultado*, ao contrário do *preterdoloso*, o resultado ulterior, mais grave, derivado *involuntariamente* da conduta criminosa, lesa um bem jurídico que, por sua natureza, não contém o bem jurídico precedentemente lesado. Assim, enquanto a *lesão corporal seguida de morte* (art. 129, § 3º) seria preterintencional, o *aborto seguido de morte da gestante* (arts. 125 e 126 combinados com o 127, *in fine*) seria crime qualificado pelo resultado. O raciocínio é simples: nunca se conseguirá matar alguém sem ofender sua saúde ou integridade corporal, enquanto para matar alguém não se terá necessariamente de fazê-lo abortar"**[1144]**.

Por outra visão, também partidária de uma distinção entre as figuras, o crime preterintencional seria uma espécie de delito qualificado pelo resultado. Nessa compreensão, Mirabete, ao expor sobre os crimes qualificados pelo resultado, consigna que:

"É de anotar, todavia, que o resultado acrescido ao tipo simples pode ocorrer por dolo, culpa ou mero nexo causal. Evidentemente, em tese é possível diferenciar nitidamente essas várias hipóteses, relacionadas em grau de crescente gravidade. A lei penal brasileira, porém, não cogita expressamente

dessa distinção. Tome-se a hipótese, por exemplo, do crime de extorsão mediante sequestro (art. 159). Decorrendo do fato lesão corporal de natureza grave (deformidade permanente pela perda da orelha da vítima, por exemplo), pode-se, quanto à ocorrência desse resultado, figurar várias hipóteses:

1ª) foi ele querido pelo agente (que desejava causar na vítima a amputação, para encaminhar ao pai do sequestrado a orelha deste);

2ª) o agente assumiu o risco de produzir a amputação (aceitou o resultado quando praticou a violência, causando a mutilação);

3ª) o agente podia prever o resultado não querido e não previsto (golpeou a vítima que caiu sobre cacos de garrafa espalhados no chão);

4ª) não houve dolo ou culpa do agente, presente o simples nexo causal (um ferimento superficial que se infeccionou quando a vítima tentava escapar do cárcere privado).

Nas duas primeiras hipóteses há crime doloso em todos os seus elementos. Na terceira, entretanto, não há dolo quanto ao resultado acrescido do tipo fundamental, ocorrendo o que se tem denominado *crime preterdoloso* (ou preterintencional), já que o evento está fora do dolo. Na última hipótese, em que não há dolo ou culpa quanto ao resultado referido, existe apenas o nexo causal que liga o sujeito ativo ao evento”**[1145]**.

No crime preterdoloso, então, o resultado há que ser causado por culpa, *stricto sensu*, do agente. Fora do conceito de delito preterintencional, portanto, está o qualificado pelo resultado em que este, mais grave, é obtido por dolo. Nessa hipótese, que ocorre, por exemplo, com o art. 157, § 4º, e com o art. 158, § 3º, a pena aplicada será calcada no dolo, obviamente acentuada pela maior reprovação da conduta.

Também se excluem dos chamados crimes preterdolosos aqueles em que a pena sofre uma majoração (em sentido lato), pela mera causação do resultado, independentemente de dolo ou de culpa.

Pois bem, a figura em estudo, sem dúvida *delito qualificado pelo*

resultado, não se amolda na definição de *crime preterdoloso*, uma vez que se exige o dolo no primeiro momento e a mera causação do resultado mais grave, permitindo o cúmulo material de penas sem que se investigue o elemento subjetivo no que concerne ao resultado.

Nessa toada, haveria um resquício de responsabilidade penal objetiva, permitindo-se que o agente sofresse uma consequência mais grave em razão de um resultado para o qual não contribuiu sequer com culpa.

Por óbvio, tal possibilidade afronta sobremaneira os princípios norteadores da responsabilidade penal, que, em uma visão atrelada ao Direito Penal clássico**[1146]**, exige maior limitação da intervenção penal.

Ocorre que essa responsabilidade objetiva é afastada pelo próprio Código Penal Militar, em um nobre movimento de respeito ao princípio da culpabilidade. Assim, o art. 34, de forma inquestionável, afasta a possibilidade do cúmulo material de penas se o resultado não se produzir, ao menos, por culpa. *In verbis*, dispõe o art. 34: "Pelos resultados que agravam especialmente as penas só responde o agente quando os houver causado, pelo menos, culposamente".

Em conclusão, embora não se configure uma previsão de delito preterdoloso, o art. 159 somente admitirá o cúmulo material se o resultado for produzido por culpa do agente.

Outro ponto que merece detida atenção é a definição de qual pena deve ser diminuída de metade, a pena do crime (homicídio ou lesão corporal) doloso ou culposo?

Haverá, por imposição legal das figuras precedentes, o concurso formal com o cúmulo material de penas, ainda que de espécies diferentes. Ocorre que a pena do crime resultante da violência deverá ser diminuída da metade, sendo coerente que se entenda correta a redução do preceito secundário dos tipos dolosos.

Inicialmente, há que se concordar que o tipo do art. 159 não faz referência expressa à culpa, podendo-se supor que não necessariamente o resultado deve produzir-se por culpa, embora, por construção sistêmica, possamos chegar a essa conclusão, como o fizemos acima.

Pensamos, ainda, que o *princípio da excepcionalidade do crime culposo* também deve nortear a interpretação do dispositivo, sendo lógico concluir que se a lei desejasse reduzir pela metade a pena do crime culposo o faria com a seguinte redação: *Quando da violência resulta morte ou lesão corporal e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena do crime "culposo" contra a pessoa é diminuída de metade*. Ou, simplesmente: *Quando da violência resulta morte ou lesão corporal e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, "dever-se-á aplicar a pena do crime culposo contra a pessoa".*

Ademais, em um sistema lógico, não há razão para reduzir o que já se reduziu, sendo incongruente partir da pena do crime culposo, já reduzida em razão da menor reprovação, e reduzi-la ainda mais pela previsão especial, salvo se isso determinar expressamente a lei.

Malgrado nossa posição, a questão é pouco explorada, pelo que rogamos que os estudiosos do Direito Penal Militar, doravante, deem a ela a merecida atenção.

4. DO DESRESPEITO A SUPERIOR E A SÍMBOLO NACIONAL OU A FARDA

4.1. Desrespeito a superior

- **Tipo legal**

Art. 160. Desrespeitar superior diante de outro militar:

Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Desrespeito a comandante, oficial-general ou oficial de serviço

Parágrafo único. Se o fato é praticado contra o comandante da unidade a que pertence o agente, oficial-general, oficial de dia, de serviço ou de quarto, a pena é aumentada da metade.

• **Objetividade jurídica:** ainda aqui, a objetividade do crime em estudo continua sendo a autoridade militar, personificada no superior hierárquico que é desrespeitado, e a disciplina militar, ordem essencial que permite a regularidade das atividades da Instituição Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo, novamente, é o inferior hierárquico ou funcional (este por compreensão do art. 24 do CPM), o que restringe o cometimento do delito por militar, federal ou dos Estados.

Também aqui não se utilizou o legislador da expressão "militar", mas sim "superior", significando que o delito pode ser perpetrado por militares da ativa ou por inativos, desde que contra um superior. Nessa construção, o militar inativo**[1147]** poderá perpetrar este delito, exceto na compreensão de superior funcional, porquanto não está ele, em inatividade, no desempenho de função, ressalva feita se estiver sendo empregado na Administração Militar, conforme expõe o art. 12 do Código Castrense. Deve-se, ademais, verificar que para o inativo, não equiparado a militar da ativa, cometer este delito, devem incidir também as circunstâncias do inciso III do art. 9º, já estudadas na Parte Geral.

Qualquer pessoa, sem exceção, pode perpetrar este delito se em concurso com um militar inferior ao sujeito passivo, quando a circunstância pessoal *inferior* (hierárquico ou funcional), que é implicitamente uma elementar do tipo, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM)**[1148]**. Assim, por exemplo, o funcionário civil da Administração Militar Federal que segura cartaz exibindo-o a toda a tropa, em nome de um subordinado, com dizeres desrespeitosos ao superior hierárquico.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar, mas não podemos esquecer do próprio superior desrespeitado, que é vítima secundária (ofendido), configurando-se, ademais, sujeito passivo mediato.

Advertimos que Célio Lobão, seguindo sua linha própria de raciocínio,

da qual discordamos, com todo o respeito ao ilustre autor, entende somente ser possível figurar nos polos ativo e passivo deste delito o "militar", isso na compreensão do art. 22 do CPM, afastando-se, portanto, a sujeição ativa, ou passiva mediata, por militar inativo**[1149]**.

Para compreender nossa visão contrária à esposada por Célio Lobão, remetemos o leitor aos comentários acerca dos sujeitos do delito de violência contra superior (art. 157 do CPM).

• **Elementos objetivos:** exaustivamente já consignamos a compreensão de superior; desnecessários, pois, maiores comentários.

O verbo nuclear do tipo é *desrespeitar*, compreendido como a falta de consideração, de respeito, de acatamento, o que pode ser realizado através de palavras, gritos, desenhos, escritos, imitação e até caricaturas.

É possível, para a maioria da doutrina sem se centrar no *pacto federativo* que tanto discutimos na Parte Geral, o desrespeito entre militares de Unidades Federativas distintas, em que o sujeito ativo é Policial ou Bombeiro Militar de um Estado e o ofendido, de outro, sendo o juízo competente a Auditoria do Estado a que pertence o acusado. Somente para ilustração, imagine que um Policial Militar de São Paulo esteja fazendo curso de especialização na Polícia Militar de Santa Catarina e lá desrespeite um superior hierárquico.

Por outro lado, inviável, pelo que já postulamos nos comentários à Parte Geral, o desrespeito entre militares estaduais contra federais e vice-versa.

Exige o tipo penal, ademais, que o desrespeito seja praticado diante de outro militar. Nessa compreensão, se o fato se der diante de civis, inexistirá o delito em estudo.

Por outro foco, deve-se ter em mente que o crime tem por escopo a tutela da autoridade e da disciplina militares, portanto, o militar que presencia a atitude desrespeitosa há de ser integrado ao corpo da ativa ou, do contrário, não haveria sequer potencial lesão à disciplina do ambiente de caserna. Por essa razão, a palavra "militar" grafada no tipo deve seguir a definição trazida pelo art. 22 do CPM.

Esse militar da ativa que presencia o desrespeito deverá possuir cargo semelhante ao dos sujeitos do delito. Assim, caso o desrespeito se dê, por exemplo, de um soldado da Polícia Militar de Minas Gerais contra um superior da mesma Milícia, porém presenciado por um soldado da Polícia Militar do Estado de São Paulo, o fato estará subsumido pelo tipo penal, mais uma vez sem a devida atenção ao *pacto federativo*. Com o testemunho do militar estadual a estrutura das Milícias estaduais foi abalada.

Igual compreensão, até mesmo para mantermos coerência de raciocínio, não se pode ter quando o fato, praticado por militar estadual contra outro do mesmo Estado, é presenciado por militar federal. Não há lesão, nem mesmo potencial, à disciplina de ambas as instituições no caso citado. O militar federal que presenciou o fato terá a compreensão de que nas Milícias a disciplina está enfraquecida, porém não duvidará que, se repetir o ato em um quartel de sua Força, sofrerá as severas consequências de sua indisciplina. O raciocínio também é empregado em situação inversa, ou seja, o desrespeito por militar federal presenciado por militar estadual.

A razão dessa compreensão, além do que já se postulou para afastar a possibilidade de crimes militares *ratione personae* entre militares federais e estaduais, repousa na premissa de que a disciplina militar possui um conteúdo indeterminado, amoldando-se a cada esfera de poder de acordo com as missões precípuas.

É dizer que a disciplina imposta às Forças Armadas não é a mesma que se impõe às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. Nem poderia ser de outra forma, pela divergência de missões conferidas às forças e pelas características do efetivo de cada Corporação. À guisa de exemplo, nas Polícias Militares há soldados com idade superior aos 40 anos, com família formada e responsabilidades que nem sequer passam pela cabeça de um soldado do Exército Brasileiro que, em regra, tem 19 anos e está inebriado por todo o ímpeto e verdor próprio da juventude. Equipará-los sob qualquer aspecto, entendemos, não seria isonômico.

Há autores que defendem a tese de que não é necessário que o militar que presencie o fato perceba o desrespeito. Mais uma vez, com o devido respeito,

discordamos.

Se o tipo exige a presença de outro militar é porque, em sendo o alvo da agressão tão somente a palavra, deveria ela ser percebida por terceiro para que sobreviesse lesão à autoridade e à disciplina ou, do contrário, não haverá esse crime. Assim, é razoável que o terceiro presente conheça a agressão para que o bem jurídico seja atingido. Em não tendo percebido a ofensa, não há por que falar em lesão à autoridade e à disciplina em relação a esse terceiro, pois, apesar de presente fisicamente, não o está psicologicamente. Tome-se o exemplo do militar que está presente no ambiente do desrespeito, porém está embalado por sono profundo.

Evidentemente, a prova da apreensão do fato pelo observador, ou não, é mais difícil e trabalhosa que a mera presença física dele no local, mas deve ser buscada.

Não há necessidade, por outro lado, que o observador esteja no mesmo ambiente; basta que apreenda o desrespeito perpetrado. Assim, por exemplo, estará configurado o delito se um militar observar, por uma porta de vidro, sinais desrespeitosos do subordinado para com o superior.

Célio Lobão reconhece o delito quando transmitido por rádio ou qualquer outro meio de emissão de voz ou imagem, mas destaca ser "indispensável o direcionamento para o local em que a voz seja ouvida ou a imagem seja vista pelo ofendido e por outro militar"**[1150]**.

Nitidamente o delito de desrespeito é um delito subsidiário, isso de forma expressa, como se denota do texto do preceito secundário (*se o fato não constitui crime mais grave*). Com efeito, essa subsidiariedade se dá em relação ao delito de *desacato a superior*, grafado no art. 298 do Código Castrense, o qual estudaremos futuramente. Por ora, a título de distinção, tenhamos o desrespeito como a mera desconsideração, enquanto o desacato como conduta que vai além do desrespeito, chegando ao menoscabo, menosprezo da autoridade representada pelo superior.

Por fim, consigne-se que o delito possui uma causa especial de aumento de pena se praticado contra o *Comandante da Unidade a que pertence o*

agente, *Oficial-General*, *Oficial de Dia, de Serviço ou de Quarto*, todas elas figuras explicadas nos comentários aos arts. 157 e 158, para onde remetemos o leitor.

São exemplos de desrespeito a superior, desde que em presença de outro militar: o subordinado que imita som de animal pelo qual o superior é alcunhado; o subordinado que, em intenção patente de desconsideração, executa inúmeras continências para o superior; o subordinado que, aproveitando-se da concentração do superior em forma e sem perceber de quem se trata, aproxima-se por trás do superior e lhe dá "ordem" para, por exemplo, ficar em posição de sentido; o subordinado que cospe em superior; o subordinado que desenha caricatura de superior com o nítido ânimo de desrespeitá-lo; policial militar que dá as costas ao superior proferindo a ele palavras ofensivas**[1151]**; proferir palavras agressivas ao superior**[1152]**; policial militar que, ao receber determinação para fruir convalescença médica no alojamento da Companhia, passa a dirigir impropérios ao seu superior hierárquico, na presença de outros integrantes da Instituição**[1153]**.

• **Elemento subjetivo:** só se admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de ofender aquele que se sabe ser superior hierárquico.

Aqui também são válidos os comentários acerca do art. 47 do CPM, a afastar o dolo pelo desconhecimento da condição de superior (inciso I), bem como quando a ação desrespeitosa é praticada em repulsa a agressão, valendo, aqui, os comentários já consignados para o art. 157 do CPM. Na verdade, à letra da lei penal militar, estaria afastada a própria tipicidade objetiva ("deixam de ser elementos constitutivos do crime"), mas preferimos entender que há a afetação do dolo.

Há discussão sobre a possibilidade do *animus jocandi* (a intenção de brincar) descaracterizar o dolo, pois a linha de entendimento mais rigorosa aventa a possibilidade de o agente estar sendo movido pelo dolo eventual. O mais prudente seria avaliar o caso concreto verificando a *proporcionalidade* de se chamar à intervenção penal para resolver o problema. Nesse sentido, por exemplo, não reconhecemos o dolo na simples ação de fazer uma caricatura do superior com o *animus jocandi*, porquanto não buscou o agente lesar a autoridade

ou a disciplina militares. Nessas situações, em que o dolo de desrespeitar com a turbação da disciplina e da autoridade for afastado, a questão será solucionada pelo Direito Administrativo Disciplinar Militar, constituindo-se o ato em mera transgressão disciplinar.

Por fim, também no delito de desrespeito a superior, com muito acerto se tem decidido que a embriaguez voluntária não afasta o elemento subjetivo.

Nesse sentido, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, *vide* Apelação Criminal n. 5.099/02, julgada em 24 de março de 2004, sob relatoria do Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior:

"Eventual embriaguez completa do policial militar, para excluir a imputabilidade do mesmo, teria que ser proveniente de caso fortuito ou força maior. O fato de haver o superior hierárquico relevado a conduta desrespeitosa de seu subordinado, em nada o beneficia, pois maior relevância deve ser dada à tutela penal da disciplina e da autoridade militar, inabaláveis nas instituições militares".

Na mesma Corte, *vide* ainda a Apelação Criminal n. 5.269/03, julgada em 23 de setembro de 2004, sob relatoria do Juiz Cel. PM Lourival Costa Ramos:

"Comprovado o cometimento do delito, através da prova testemunhal e depoimento do réu, este não pode ser exonerado de uma reprimenda penal por conta de sua imputabilidade relativa. Impossibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por internação em estabelecimento psiquiátrico, uma vez que nem mesmo o perito que acompanhou todas as passagens do policial militar pela clínica sugeriu sua internação".

No Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul, *vide*, no mesmo sentido, a Apelação Criminal n. 2.846/95, que teve a relatoria do Juiz Antonio Carlos Maciel Rodrigues:

"Desrespeito a superior (art. 160 do CP Militar). Decisão *a quo* condenatória. Apelo da defesa. Cabo PM, em estado de embriaguez alcoólica, participando de confraternização alusiva ao 'Dia do Inativo', em sede de pelotão PM, que molesta civis e, ao ser censurado por um Sargento, parte para agredi-lo, ofendendo-o na presença de outros policiais militares e civis, sendo contido por

colegas, pratica o delito de desrespeito a superior. Em sendo a embriaguez alcoólica voluntária, não há falar-se em inimputabilidade do acusado (art. 49 do CP Militar). Simples informações, despidas de qualquer comprovação, sobre circunstâncias reveladoras de desequilíbrio emocional por parte do acusado, não justificam a realização de exame de insanidade mental, máxime se o policial militar vem sendo bianualmente considerado apto para o serviço ativo, em inspeção médica regular. Apelo da defesa negado. Decisão unânime”.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor ofende a vítima secundária, seja de que forma for.

• **Tentativa:** hipoteticamente, poderia ser aceita, exceto se perpetrada por gesto, por imitação, palavra ou qualquer outro meio que se exaura em si mesmo. Ocorre que, na prática, esse delito decorre, quase sempre, de perda de controle emocional por parte do autor, sendo raras as vezes em que é premeditado e praticado por escrito ou outro meio melhor trabalhado.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares, da ativa ou em inatividade (exceto os da reserva não remunerada), para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, devem-se verificar o inciso I ou o inciso III do art. 9º do CPM, conforme o caso, que trarão ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1154].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

4.2. Desrespeito a símbolo nacional

• **Tipo legal**

Art. 161. Praticar o militar diante da tropa, ou em lugar sujeito à administração militar, ato que se traduza em ultraje a símbolo nacional:

Pena – detenção, de um a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** a objetividade jurídica deste crime é, particularmente, a disciplina militar, pois um desvio de conduta usando símbolo nacional depõe contra a ordem mínima necessária à normalidade da vida disciplinada de caserna.

Com efeito, o patriotismo é um valor extremamente incentivado nas Instituições Militares, havendo a todo instante o estímulo ao culto à Pátria pelo respeito e exaltação dos Símbolos Nacionais.

Esse verdadeiro culto está disciplinado nas normas internas das Organizações Militares, particularmente no Regulamento de Continências, Honras, Sinais de Respeito e Cerimonial (R-Cont).

A observância rigorosa das prescrições legais e regulamentares, de outra banda, é uma das manifestações essenciais da disciplina**[1155]**, significando dizer que aquele que não observa a norma (legal ou regulamentar) afronta a disciplina.

Essa afronta à disciplina, quando feita por meio do ultraje a um Símbolo Nacional, extremamente cultuado no ambiente de caserna, ganha reprovação, tanto que mereceu especial atenção do Código Penal Militar, e nem poderia ser diferente, pois seria impossível garantir, por exemplo, a defesa territorial do Brasil se não se incutisse e exacerbasse o valor do patriotismo.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar (federal ou estadual), que deve ser compreendido, nos termos do art. 22 do CPM, como o militar em situação de atividade. O militar inativo e o civil**[1156]** podem perpetrar este delito se em concurso com um militar da ativa, quando a circunstância pessoal *militar*, que é elementar do tipo, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM). O militar inativo, ademais, poderá perpetrar este delito se estiver sendo empregado na Administração Militar, conforme dispõe o art. 12 do Código Castrense.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a própria Instituição Militar que se vê lesada em sua disciplina.

• **Elementos objetivos:** *desrespeitar* é sinônimo, como o próprio tipo

faz concluir, de ultrajar, que significa ofender, injuriar, insultar, aviltar, vilipendiar, menosprezar, faltar com o respeito, podendo ser praticado por palavras, gestos, desenhos, escritos etc.

O desrespeito deve recair sobre os símbolos nacionais, que, segundo o art. l3, § 1º, da CF, são a Bandeira, o Hino, as Armas e o Selo Nacionais. Os dois primeiros estão presentes na vida de todo brasileiro, mas os dois últimos não. Entretanto, deve o militar lembrar que não pode desconhecer seus significados, mesmo porque esse conhecimento integra os cursos de formação dos postos (Oficiais) e graduações (Praças) de quaisquer das carreiras militares existentes no Brasil, incutindo-se, como já afirmado, o valor do patriotismo.

Por óbvio, em interpretação restritiva da lei penal militar, estão fora do tipo estudado os símbolos dos Estados-Membros, porquanto se fala em "símbolo nacional". Caso um militar, por exemplo, cuspa na Bandeira do Estado de São Paulo, não estará em prática deste delito, o que não exime sua responsabilidade disciplinar pelo fato.

É imprescindível que este delito ocorra diante de tropa ou em lugar sob a Administração Militar.

Por "tropa" deve-se entender a reunião de, ao menos, dois militares devidamente comandados por um terceiro, compreensão esta que, por falta de expressa interpretação da lei penal militar, busca-se no Regulamento de Continências (R-Cont), especificamente em seu art. 44. Dessa forma, o militar que desrespeita Símbolo Nacional, fora de lugar sujeito à Administração Militar, e tal ato é presenciado apenas por um militar, ou mesmo por dois sem comandamento, não se poderá falar na ocorrência do delito, por inexistência da presença de tropa.

O conceito de "tropa", em suma, deve seguir a mesma linha de raciocínio que já consignamos ao tratar do desrespeito a superior, ou seja, se praticado por militar estadual, o ato deve ser presenciado por militares estaduais, se por militar federal, a tropa observadora deve ser das Forças Armadas.

Ademais, ainda no que tange à expressão "diante de tropa", exige-se que haja a percepção do ultraje ao Símbolo Nacional por parte do efetivo

formado. Nessa corrente, um militar que, em uma formatura militar, fora do quartel, sem que ninguém note, cuspa na Bandeira Nacional, não estará na prática do delito, pois se exige o acintoso ato de desrespeito.

Alternativamente, embora sem a presença de tropa, o crime também pode ocorrer se o desrespeito se der em *local sujeito à Administração Militar*, expressão por nós já explorada quando dos comentários à Parte Geral do Código Penal Militar.

Não preenchidos os elementos supracitados (em presença de tropa ou em lugar sob a Administração Militar), inexistirá tipicidade neste delito, podendo haver, porém, contravenção penal por força do que dispõem os arts. 35 e 36 da Lei n. 5.700, de 1º de setembro de 1971 (com a redação dada pela Lei n. 6.913, de 27-5-1981).

São exemplos de desrespeito a Símbolo Nacional, desde que em presença de tropa ou em lugar sujeito à Administração Militar: militar que cospe na Bandeira Nacional; militar que limpa a boca com a Bandeira Nacional; militar que, durante a execução do Hino Nacional, eructa com sonoridade pelo microfone destinado à narração da solenidade etc.

• **Elemento subjetivo:** assim como no delito anterior, só admite o dolo.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor pratica o ato de desrespeito ao Símbolo Nacional.

• **Tentativa:** é possível, exceto se praticada por gesto, palavra ou qualquer outra conduta instantânea.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1157].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

4.3. Despojamento desprezível

• **Tipo legal**

Art. 162. Despojar-se de uniforme, condecoração militar, insígnia ou distintivo, por menosprezo ou vilipêndio:

Pena – detenção, de seis meses a um ano.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o fato é praticado diante da tropa, ou em público.

• **Objetividade jurídica:** novamente, a objetividade é particularmente a disciplina militar, pois um desvio de conduta, usando símbolos militares, depõe contra a ordem mínima necessária à normalidade da vida disciplinada de caserna.

A farda, as condecorações, as insígnias e os distintivos são signos da vida militar, cultuados como elementos formadores do *brio militar*, sendo, portanto, sua conspurcação, uma ofensa ímpar à disciplina.

• **Sujeitos do delito:** da leitura do tipo penal poder-se-á inclinar pela conclusão de que não há restrições ao sujeito ativo do presente delito, principalmente porque as condecorações militares podem ser conferidas a civis.

Todavia, há que se verificar que o bem jurídico especificamente focado pelo tipo penal é a disciplina militar, que não estará abalada com a prática da conduta descrita por um civil. Diferentemente de alguns crimes deste capítulo, como já vimos e veremos adiante, não se busca a tutela da autoridade militar ou da disciplina por meio da conduta de militares, o que poderia levar à sujeição ativa por civil.

Assim, por exemplo, no crime de *aliciação*, o civil, autor da conduta, embora não subordinado à disciplina militar, ao interagir com um militar traz um gravame reprovável à disciplina. Da mesma forma, no crime de uso indevido de

uniforme por qualquer pessoa (art. 172 do CPM), que estudaremos adiante, com sua conduta o civil turba a autoridade militar, uma vez que busca, pelo engodo, ostentar condição que não possui.

No tipo em estudo, como já mencionamos, não se fala em possibilidade de afronta à autoridade militar, mas, tão somente, à disciplina. Esta, no entanto, não estará turbada ou ameaçada se um civil, por exemplo, arrancar uma condecoração e jogá-la ao chão, em lugar sujeito à Administração Militar. Nesse sentido, adequadas as palavras de Célio Lobão, que sustenta: “Embora a condecoração militar possa ser concedida a civil, evidentemente, este não se inclui como agente do delito, porquanto a lei penal tutela a disciplina militar, à qual o civil não se encontra subordinado”**[1158]**.

Por outro lado, poderá o civil, conforme exaustivamente consignado, figurar no polo ativo do delito em caso excepcional de concurso de pessoas.

No que concerne ao militar inativo**[1159]**, entendemos ser possível ele figurar no polo ativo do delito, haja vista que o tipo penal não restringiu a prática da conduta somente a militar. Ademais, de acordo com a normatização interna de cada instituição militar, o inativo pode, em certas circunstâncias, usar uniforme.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** *despojar-se* é retirar de si, despir-se. Naturalmente, o tipo exige que a conduta do militar seja direcionada a seu uniforme, a seu distintivo etc., não comportando a possibilidade de um terceiro praticar o ato em um militar. Dessa forma, não haverá o crime se um militar arrancar, por menosprezo, o distintivo de Unidade de um outro militar, atirando-o ao solo. Poderá o fato ser subsumido em outro tipo penal, por exemplo, o delito de violência contra superior, já estudado, ou de ofensa aviltante a inferior (art. 176 do CPM).

Exige o tipo, no entanto, que esse despojamento ocorra por menosprezo ou vilipêndio.

Menosprezo é a falta de estima, de apreço, o desdém para com o

uniforme, a condecoração, a insígnia ou o distintivo.

Vilipêndio é o ato de tornar o uniforme, a condecoração, a insígnia ou o distintivo algo vil, rebaixado, indigno.

Uniforme é o conjunto de peças de vestimenta que compõem a identidade visual de uma força militar. O conjunto de peças pode variar de instituição para instituição e, dentro de uma mesma instituição, pode variar de acordo com o órgão ou ocasião. Dessa forma, *in exemplis*, há o uniforme da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; da Polícia Militar do Estado de São Paulo e da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte; dentro da Polícia Militar do Estado de São Paulo, ademais, há o uniforme do policiamento ostensivo, do policiamento ambiental, do policiamento rodoviário, uniforme de educação física, de natação etc. Cumpre consignar que os uniformes são, comumente, instituídos por regulamentos internos de cada instituição.

A s *condecorações* são distinções honoríficas ou recompensas por algum serviço prestado ou ato praticado, com que se agracia alguém, a exemplo das medalhas. Podem ser conferidas aos militares e aos civis em reconhecimento à prática de atos de extrema relevância para a organização militar. A instituição e a conferência de condecorações exigem formalidade. Como exemplo, os atos da Polícia Militar do Estado de São Paulo para a instituição de condecorações, geralmente medalhas, exigem ato do Chefe do Poder Executivo, que o faz por Decreto, devidamente assessorado pelo Conselho Estadual de Honrarias e Mérito, nos termos do art. 120 do Decreto estadual n. 49.529, de 11 de abril de 2005.

A descrição típica exige que a condecoração seja militar, não se estendendo às condecorações civis.

Insígnia, para o tipo em estudo, é o símbolo que representa o posto ou a graduação do militar, bem como a arma ou o serviço a que está vinculado (quadros de saúde, combatente, auxiliar, especialista, arma de artilharia etc.).

Distintivo, também na compreensão do tipo em estudo, é o símbolo que representa curso frequentado pelo militar, a Unidade em que ele está lotado, a função que ocupa (como os alamares) etc.

Questão intrigante, em São Paulo, diz respeito à possibilidade de ocorrência do delito quando o militar se despoja de láurea de mérito pessoal. A láurea de mérito pessoal foi instituída pela Milícia bandeirante com o escopo de premiar militares do Estado pela prática de ato meritório ou pela adoção de conduta, em um período de tempo, que o torne distinto entre seus companheiros. É conferida em cinco graus, sendo o primeiro grau aquele com maior distinção. A polêmica surge porque referida distinção não é registrada no Conselho Estadual de Honrarias e Mérito, portanto, condecoração, pelas normas paulistas, não o é. Por outro lado, consubstancia-se em um aparato colocado sobre o fardamento, que tem a natureza de distinguir o militar que o enverga, tornando-se, pois, um *distintivo*, capaz de preencher a tipicidade exigida no tipo em estudo.

Evidentemente, qualquer dos elementos acima descritos (uniforme, condecoração, insígnia ou distintivo) só passa a ser objeto deste delito se for reconhecido oficialmente pela Instituição, seja por lei ou norma outra, externa ou interna. Caso o objeto não tenha previsão legal, aquele que se despoja dele não comete a infração em estudo.

Da mesma forma, só haverá crime se a pessoa fizer jus à peça de que se despoja (insígnia de Capitão em Capitão, distintivo de curso de mergulho em quem frequentou e foi aprovado no curso regular respectivo etc.), pois, do contrário, haverá o uso indevido da peça em questão, o que estudaremos adiante.

Há uma majorante do delito, aumentando-se a pena da metade, se a conduta ocorrer na presença de tropa ou em local público.

Para compreender o conceito de "tropa", remetemos o leitor aos comentários ao artigo anterior, sendo importante ratificar que, para que se reconheça a majorante, a tropa deve perceber o ato de desrespeito ao uniforme, à condecoração etc.

A expressão "em público" deve ser compreendida como o espaço aberto exposto ao público em geral, sendo necessário que alguém perceba o fato para que o crime ocorra. Evidentemente, a majorante foi prevista neste tipo pelo fato de esse comportamento indisciplinado configurar-se em exemplo negativo aos que o assistem e, nessas circunstâncias, alcançar, potencialmente, volume de pessoas bem maior do que se fosse em local restrito.

São exemplos do delito em questão: o militar que arranca de sua farda o distintivo da Unidade a que pertence, ou ainda de condecoração (medalha) que ostenta, ou de peça de seu uniforme.

• **Elemento subjetivo:** assim como no delito anterior, só admite o dolo, porém direcionado ao menosprezo ou ao vilipêndio do uniforme, condecoração, insígnia ou distintivo. Há, portanto, um elemento subjetivo específico do tipo penal a ser preenchido (antigo dolo específico).

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor arranca, por menosprezo (desdém, falta de consideração, falta de estima) ou por vilipêndio (repulsa, asco, indignidade), no todo ou em parte, uniforme, condecoração militar, insígnia ou distintivo que ele próprio ostenta.

Na modalidade qualificada, como já exposto, exige-se que haja a apreensão do fato pela tropa ou pelo público. Note-se que essa exigência se assemelha ao que sustentamos no desrespeito a superior (art. 160) e no desrespeito a símbolo nacional (art. 161).

A justificativa para essa construção está na compreensão dos elementos típicos. Percebe-se, pois, que nas três possibilidades enumeradas (nos arts. 160, 161 e, agora, no art. 162) a lei penal militar utiliza-se do advérbio "diante" (*diante de outro militar* ou *diante de tropa*), ou da expressão "em público".

Diante, pela compreensão da língua, significa "defronte de", "em presença de", "na frente de", exigindo, pois, a apreensão do que ocorre por aqueles que presenciam. A expressão "em público", da mesma forma, significa *diante de público*, o que equipara a compreensão. Em outros termos, o militar, no caso do desrespeito a superior, a tropa ou ao público em geral, nos demais casos citados, deve ver e absorver o que está acontecendo.

• **Tentativa:** é possível somente quando o autor anuncia sua intenção, tenta despojar-se, mas é impedido por terceiro.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado por militar,

da ativa ou inativo[1160], para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, devem-se verificar o inciso I, para os militares da ativa, ou o inciso III, para os inativos, ambos do art. 9º do CPM, que trarão ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1161].

- **Ação penal:** é pública incondicionada.

5. DA INSUBORDINAÇÃO

5.1. Recusa de obediência

- **Tipo legal**

Art. 163. Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução:

Pena – detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

- **Objetividade jurídica:** inserida ainda no mesmo título, o objeto jurídico continua sendo a autoridade militar (traduzida no descumprimento da ordem do superior), bem como a disciplina militar (perturbada por esse descumprimento).

- **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o inferior hierárquico ou funcional (este por compreensão do art. 24 do CPM), o que restringe o cometimento do delito ao militar, federal ou dos Estados.

Aqui, também, a exemplo do art. 157 do CPM, não se utilizou no tipo penal a expressão "militar", mas sim "superior", significando que o delito pode ser perpetrado por militares da ativa ou inativos, desde que contra um superior.

Nessa construção, o militar inativo[1162] poderá perpetrar este delito, exceto na compreensão de superior funcional, porquanto não está ele, em atividade, no desempenho de função, ressalva feita se estiver sendo empregado na Administração Militar, conforme expõe o art. 12 do Código Castrense. Deve-se, ademais, verificar que para o inativo, não equiparado a militar da ativa, cometer este delito, devem incidir também as circunstâncias do inciso III do art. 9º, já estudadas na Parte Geral.

Diferentemente do delito do art. 157, o crime de recusa de obediência é delito de mão própria, não admitindo a coautoria. A coautoria, que seria, em verdade, uma recusa coletiva em cumprir ordem de superior, caracterizaria o *motim* ou a *revolta*, já estudados anteriormente.

Por ser crime de mão própria, admitiria, em tese, apenas a participação. Como a conduta nuclear pressupõe atitude sem a utilização de instrumentos, a participação apenas poderia ocorrer no campo subjetivo, ou seja, pela geração da ideia de desobedecer ou pelo incentivo a essa ideia preconcebida pelo autor. Ocorre que aquele que incita, ou mesmo faz apologia a crime militar, incorrerá em delito próprio, a saber, os de *incitamento* ou de *apologia* (arts. 155 e 156 do CPM).

Em resumo, portanto, o delito de recusa de obediência não admite concurso de pessoas, porquanto, se houver coautoria, estaremos diante de hipótese de motim ou de revolta ou, se houver participação, estaremos diante de delito autônomo, a saber, o incitamento ou a apologia.

É possível, por outro bordo, a autoria colateral por mais de um militar, ocasião em que, em face da ausência do liame subjetivo, afastar-se-á o concurso de pessoas.

Mais uma vez consignamos a destoante visão de Célio Lobão, entendendo que somente o militar em serviço ativo poderia perpetrar este delito[1163].

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar, cabendo incluir aqui o superior como vítima secundária (ofendido) ou sujeito passivo mediato.

• **Elementos objetivos:** inicialmente, cabe uma observação acerca do termo "insubordinação", o qual ecoa nas casernas como sinônimo de *recusa de obediência* e, na definição mais simplista, representa "o motim de um só", enquanto, ao revés, diz-se que o *motim* é a "insubordinação coletiva".

Tecnicamente, por óbvio, as designações são equivocadas, porquanto a *insubordinação*, em verdade, é o capítulo do qual a recusa de obediência é o primeiro delito, e nada guarda, na letra da lei, com o delito de *motim*.

A confusão, no entanto, não é desmedida, pois funda-se em corrente doutrinária que buscava esmiuçar o delito de insubordinação, havendo várias vertentes.

Ao comentar a insubordinação no antigo Código da Armada, Esmeraldino Bandeira, por exemplo, consignava que:

"Para significar esse crime usam alguns Codigos militares da expressão supra referida**[1164]**, como sejam – o nosso Cod. Da Armada, o Cod. de Justiça Militar portuguez e o Cod. Pen. Militar argentino.

Distinguem outros, como o italiano, entre insubordinação e desobediência.

E outros ainda, nomeadamente o hespanhol, consideram a insubordinação como gênero de que são espécies a desobediência e o insulto aos superiores.

Em these e sob o ponto de vista doutrinário, a differença entre desobediência e a insubordinação consiste em que a primeira d'essas infracções apresenta-se sob a fórma de crime omissivo – uma recusa de obediência, um deixar de fazer e de cumprir; ao passo que a segunda reveste o caracter de um delicto de acção – a pratica de um acto contra o dever e a autoridade militar"**[1165]**.

Atualmente, o nosso o Código Penal Militar entendeu a insubordinação como gênero do qual a *recusa de obediência* (art. 163), a *oposição à ordem de sentinela* (art. 164), a *reunião ilícita* (art. 165) e a *publicação ou crítica indevida* (art. 166) são espécies. Portanto, *a priori*, não há o crime de insubordinação, mas

os *crimes de insubordinação*.

Partindo agora para a análise do tipo penal, o núcleo da conduta é recusar, negar acatamento, obediência à ordem superior, o que pode materializar-se por uma conduta omissiva (simplesmente permanecer inerte sem acatar o que lhe foi determinado) ou comissiva (agir de forma contrária ao determinado, fazer quando o superior manda não fazer). Também nos parece ultrapassada a distinção tradicional, acima apontada por Esmeraldino Bandeira, segundo a qual a recusa de obediência é omissiva, enquanto a desobediência é comissiva, visto que os dois tipos penais, hoje previstos expressamente no Código Penal Militar, respectivamente no artigo estudado e no art. 301, possuem outros elementos distintivos, sendo importante consignar que os verbos nucleares, embora não sejam idênticos graficamente, possuem exatamente o mesmo conteúdo, pois *recusar a obedecer* é *desobedecer*.

Essa *recusa*, bom que se esclareça, não pode estar restrita ao descumprimento discreto da ordem, sem que haja a efetiva afronta ao ordenador. Pode até ser silencioso o descumprimento, mas não pode passar despercebido, a ponto de somente *a posteriori* verificar-se que a ordem não foi acatada. Exige-se o enfrentamento, ainda que em silêncio, deprimindo a autoridade e lesando a disciplina. Dessa forma, o militar que simplesmente recebe ordem de seu superior para abastecer a viatura antes de deixar o serviço mas não a cumpre, fato que, porém, só é notado apenas posteriormente, quando outro motorista assume o serviço, não estará incorrendo no delito, mas apenas em transgressão disciplinar**[1166]**. De outra banda, o militar que recebe a ordem direta de seu superior para abastecer a viatura e se recusa instantaneamente a fazê-lo *tête-à-tête* com o superior, estará incurso no delito. Também praticará o delito aquele que, sem proferir singular palavra, recebe uma ordem para fazer algo e, em atitude de enfrentamento, permanece inerte, apenas fixando o olhar na direção do superior, recusando-se a agir conforme a determinação.

No que concerne à compreensão de *ordem*, cumpre consignar a não adoção pelo Código Penal Militar do *princípio da obediência cega*. É dizer que não há obrigação, portanto, descaracterizando o delito, de o subordinado cumprir uma ordem ilegal emitida pelo superior. A essa compreensão se chega pela

análise do que dispõe o § 2º do art. 38 do CPM, *in verbis*: "Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior"**[1167]**.

Deve-se ressaltar, no entanto, que a ordem, como ato administrativo que é, deve possuir seus requisitos de validade, a saber, deve ser emitida por autoridade competente e endereçada a quem tenha competência para cumpri-la (competência), deve objetivar o bem comum, alvo de toda a Administração Pública (finalidade), deve observar, se assim exigida pela norma de direito, a forma prescrita, e ser desencadeada por um fato que, logicamente, exija a emissão daquela ordem (motivo) e também possuir conteúdo lícito e possível (objeto). São ilegais, portanto: a ordem de um cabo para que um soldado troque de parceiro em viatura de policiamento, porquanto tal alteração cabe à autoridade que confeccionou a escala, ou quem o represente fora do expediente; a ordem dada a um militar para que compareça a um jogo de futebol isolado, não incluído dentro de um programa de treinamento da instituição, simplesmente para satisfazer o interesse daquele que deu a ordem em completar um time de futebol, apartando-se, portanto, do fim de promoção do bem comum; a ordem para a dobra de serviço de guarda do quartel, sem que haja a necessidade imposta pelo serviço, apartando-se do motivo lógico a exigir a ordem; a ordem para um militar pagar contas de consumo, de caráter particular, para determinado superior, visto ser o objeto versado pela ordem ilícito etc.

Tais ordens, a nosso enfoque, se descumpridas, não podem gerar responsabilidade ao subordinado, seja na órbita penal militar, seja na disciplinar.

Ocorre que a ilegalidade dos exemplos supracitados é muito tênue, de difícil percepção por alguns subordinados, o que exigiria uma investigação maior por parte destes para não cumprirem a ordem emitida. A essas ordens classificamos de ilegais e, uma vez cumpridas e sem a possibilidade de detecção pelo subordinado, acarretam responsabilidade apenas para aquele que as emitiu. Ainda que o seu cumprimento redunde em delito, o subordinado poderá ser escusado pela obediência hierárquica (alínea *b* do art. 38 do CPM). Como exemplo, imaginemos um superior que, ao investigar um delito, sem que possua qualquer formalidade, mantenha o investigado confinado em uma sala, sob

escolta de um subordinado. Nesse caso, poder-se-ia configurar o delito previsto no art. 225 do CPM, e o subordinado, que cumpria a ordem de fazer a vigilância, seria consorte no delito. Ocorre que, não sendo a ilicitude detectável pelo subordinado, estará ele fora da linha de responsabilização.

Por outro lado, há ordens em que a ilicitude é gritante e, por essa razão, são classificadas como *manifestamente ilegais*. A elas se refere o § 2º do art. 38, respondendo, também, o subordinado que as executar. A título de exemplo, citemos a ordem de um superior para que leve o preso sob sua guarda para o interior de uma sala, determinando, em seguida, seu espancamento. Tanto o emissor da ordem como aqueles que a cumprirem responderão pelo(s) delito(s) consequente(s).

Assim, em resumo, a ordem que não deve ser cumprida é aquela manifestamente ilegal. As ordens ilegais, desde que detectadas pelo receptor, também não devem ser cumpridas; todavia, se o receptor não chegar ao conhecimento da ilegalidade e cumprir a ordem ilegal, poderá ser esculpado pela obediência hierárquica. Pensamos, em conclusão, que tanto as ordens manifestamente ilegais como as meramente ilegais, uma vez descumpridas, não podem fazer com que o subordinado incorra no delito estudado, ou, do contrário, teríamos um "jogo dos absurdos" em que o militar, que por essência está compelido a ser legalista, deveria cumprir uma ordem ilegal sob pena de incursão em recusa de obediência.

Entendemos, por outro lado, que, dentro do dever de lealdade, cumpre ao subordinado alertar o ordenador de que sua ordem não será cumprida por ser manifestamente ilegal ou simplesmente ilegal, isso em um padrão mínimo de respeito à autoridade do superior, ou, do contrário, havendo o alerta de ilegalidade da ordem de maneira desrespeitosa, poderá haver subsunção do fato pelo crime previsto no art. 160 do CPM (desrespeito a superior).

Essa, frise-se, é a regra geral, admitindo-se, no entanto, uma exceção. Há ordens que, em primeira análise, possuem um conteúdo ilegal com arrimo em uma comparação formal à lei, contudo, por haver respaldo na necessidade de cumprimento do dever, essa ilegalidade deve ser compreendida como mera irregularidade, assumida a responsabilidade daquele que emitiu a ordem. Trata-

se, portanto, de uma ilegalidade suprida pela necessidade imposta pelo desempenho da missão constitucional da instituição militar, que a revestirá do caráter de irregular, e não de ilegal. Assim, diante de uma ordem que contrarie a lei de trânsito, mas cujo cumprimento seja necessário para que a instituição militar atinja seu escopo – como o caso do Comandante de uma Companhia de Policiamento que determina ao seu efetivo que atenda a uma ocorrência com viaturas estacionadas por não possuírem licenciamento daquele ano, em face da necessidade imposta pela situação, ou de uma ordem para que uma prontidão do Corpo de Bombeiros inicie um salvamento aquático com embarcações que deveriam estar (mas na verdade não estão) registradas no órgão competente –, não há falar em ordem ilegal, mas sim em ordem eivada de irregularidade, suprida pela necessidade casuística, devendo, portanto, ser cumprida sob pena de a conduta do militar que se recusar a tanto ser subsumida no tipo penal de recusa de obediência. Nesse sentido, com muita perspicácia, seguindo ensinamento de Manzini, Célio Lobão aponta:

"Prosseguindo, o autor esclarece que a evidente ilegalidade e não a simples irregularidade exime o dever de obediência. Com o que concordamos. Logo, havendo apenas irregularidade, a ordem deve ser cumprida, ainda que a irregularidade seja apontada pelo subordinado e o superior insista em seu cumprimento"**[1168]**

Por derradeiro, em relação à compreensão de *ordem*, é preciso, para satisfazer o tipo, que ela seja:

a) imperativa – "deve importar numa exigência para o inferior, por isso não são ordens os conselhos, exortações e advertências" **[1169]**;

b) pessoal – "significa que deve ser dirigida a um ou mais inferiores determinados; as de caráter geral não são ordens desta natureza e seu não cumprimento constitui transgressão disciplinar"**[1170]**;

c) concreta – "ou seja, pura e simples, pois seu cumprimento não deve estar sujeito à apreciação do subordinado"**[1171]**.

Quanto ao conceito de superior, já o discutimos exaustivamente, o que se presta também para este delito.

Um dos elementos distintivos em relação ao delito de desobediência, acima suscitados, consiste na espécie de ordem descumprida. O tipo em estudo consigna ordem *sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução*, enquanto o delito do art. 301 menciona apenas *ordem legal*.

Dessa forma, ordem desobedecida refere-se ao *serviço* da Instituição Militar em que se dá, seja a atividade exclusivamente militar de uma manobra (treinamento) de fuzileiros navais ou, ainda, o resgate de feridos presos nas ferragens em acidente de trânsito, promovido pelo Corpo de Bombeiros, como também a desenvolvida na seção de estatística (administrativa) de um órgão policial-militar.

Também pode compor o conteúdo da ordem desobedecida, para que haja adequação típica neste delito, *o dever imposto em lei*, *regulamento* ou *instrução*. Aqui, o conceito de lei, regulamento ou instrução deve ser entendido no sentido genérico, pois há, por exemplo, muitos ordenamentos que estão expressos em decretos, decretos-lei**[1172]**, portarias etc. Da mesma forma, as Instituições Militares do País podem eventualmente dar nomenclaturas diversas às suas orientações, classificando-as como instruções e regulamentos ou, ainda, notas de instrução, notas de serviço, manuais etc., o que não muda, de forma alguma, a essência, e, por consequência, o prejuízo de sua desobediência.

Como exemplo de dever *imposto por lei*, temos aquele de ação por parte do Policial Militar em face de uma conduta delitiva em andamento. Exemplo de dever imposto por *regulamento* seria aquele atinente à continência e aos sinais de respeito. Por dever imposto por *instrução*, que como dissemos acima deve ser interpretada de forma mais abrangente, pode-se citar o de devolução de arma que se tem como carga, em face do não preenchimento de algum requisito. Ressaltamos que há necessidade de que a desobediência seja afrontadora, não bastando o mero descumprimento da ordem, por exemplo, por preguiça.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de recusar obediência ao superior, afrontando a autoridade e disciplina militares.

A excludente de dolo prevista no inciso I do art. 47 também é aplicável ao tipo em estudo, ou seja, se o subordinado ignorar a qualidade de superior do emitente da ordem não haverá dolo de recusa de obediência. Exemplificativamen-te, pode-se citar o Primeiro-Tenente PM, Comandante de Pelotão que, ignorando que seu par, outro Primeiro-Tenente, está na função de Comandante de Companhia (de sua Companhia), recusa-se a cumprir a ordem por este emitida.

Também é possível que a excludente de dolo do inciso II do art. 47 seja aplicada neste tipo estudado. Assim, o militar que descumpre ordem emitida por superior, verbalizada com impropérios, não estará cometendo o delito, por falta do elemento subjetivo (ex.: "vá fazer a ronda, seu lixo!").

Questão interessante está na constatação ou não do elemento subjetivo quando militar, por exemplo, se recusa a cumprir uma ordem legal que possa resultar em gravame criminal (art. 296, § 2º, do CPPM). Entendemos que o dispositivo do Código de Processo Penal Militar indicado consubstancia-se em um direito material grafado na lei processual, em alinho aos postulados constitucionais do devido processo legal e do direito ao silêncio, de sorte que a recusa em produzir prova contra si, seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão não pode configurar-se em delito, afastando-se a própria tipicidade da conduta, já que ordem dessa natureza – aquela que determina que a pessoa se curve em face da turbação de um direito material – deve ser considerada ilegal. Como exemplo, não há dolo de cometimento do crime de recusa de obediência no caso de policial militar acusado em um inquérito que se recuse a fornecer material grafotécnico para perícia diante de uma ordem superior nesse sentido.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor recusa obediência à ordem, seja por ação, seja por omissão, contudo sempre acompanhado de afronta à autoridade que determinou ou que está fazendo cumprir a ordem, bem como afronta à disciplina.

• **Tentativa:** não é possível, em razão de o crime ser unissubsistente.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado pro-

priamente por militares, da ativa ou em inatividade (exceto os da reserva não remunerada), para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, devem-se verificar o inciso I ou o inciso III, ambos do art. 9º do CPM, conforme o caso, que trarão ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1173].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

5.2. Oposição a ordem de Sentinela

• **Tipo legal**

Art. 164. Opor-se às ordens da sentinela:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** tutela-se aqui a autoridade militar, personificada no ordenador da ordem transmitida pela *Sentinela*. A disciplina é maculada em face da perturbação à regularidade da Instituição promovida pela oposição.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo poderá ser o militar, federal ou dos Estados, bem como qualquer civil, este somente na seara federal, em vista da limitação constitucional das justiças castrenses estaduais.

Interessante notar que militar de qualquer posto ou graduação, ainda que superior hierárquico do militar na função de Sentinela, poderá figurar no polo ativo perpetrando o delito. Assim, por exemplo, seria possível um Coronel PM ser sujeito ativo ao se opor à ordem de uma *Sentinela*, soldado PM.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a própria Instituição Militar, podendo ser apontada como vítima secundária (ofendido) a Sentinela e até o ordenador da ordem retransmitida por aquele.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "opor", obstar,

contrariar, interromper, impedir.

O alvo da oposição é a ordem da *Sentinela*, cuja definição já vimos no estudo do art. 158 do CPM, cabendo ratificar que se cultua no meio militar, por força de regulamentos e mesmo das previsões penais militares, como a ora estudada, a *inviolabilidade da Sentinela*.

A oposição à ordem pode dar-se por palavras, por gestos, por comportamento comissivo ou omissivo que permitam a qualquer um entender que o autor não se curvará à determinação recebida.

Evidentemente a Sentinela não é a criadora das ordens que ela transmite, mas sim o próprio Comandante da Unidade Militar onde esteja lotada, ou quem o represente (ex.: *Oficial de Dia*). É dele, Comandante da Unidade, a responsabilidade por organizar a vida da caserna e impor regras para assegurar a paz e a tranquilidade intramuros. A consciência dessa situação já redundaria em enorme prevenção das condutas que caracterizam este tipo penal, mesmo porque vários dos descumprimentos que ora estudamos se dão por obra de melindres pessoais, em que o autor pensa estar sendo ordenado, comandado pela Sentinela, não querendo acatar a determinação, quando, em verdade, a Sentinela é apenas a transmissora da ordem emanada do Comandante do Órgão Militar.

Aqui, o autor se coloca contra a ordem que a Sentinela transmite, ordem essa, evidentemente, relacionada a sua atividade funcional e não a qualquer outra de caráter pessoal ou estranha, devendo conter as características e os pressupostos de validade já enumerados no artigo anterior.

Como exemplo do crime estudado, podemos citar o Oficial que estaciona seu veículo em local que a Sentinela diz ser proibido. Ora, é certo que não é a Sentinela que, por seu devaneio, decidiu que aquele local não pode servir como estacionamento. Evidentemente, quem tem poder de decisão assim o quis, sendo a Sentinela somente a mensageira dessa decisão. Logo, o autor comete crime caso se oponha à ordem da Sentinela. Não se estende essa previsão ao plantão, tão comum especialmente nas Escolas de Formação, uma vez que esses conceitos são distintos, como vimos nos comentários ao art. 158 do CPM.

É pertinente destacar que aquele que é funcionalmente superior à

Sentinela, a saber, o *Cabo da Guarda*, o *Comandante da Guarda*, o *Adjunto de Dia*, o *Oficial de Dia*, o *Subcomandante da Unidade* e o *Comandante de Unidade*, pode reformar a ordem emitida, quando, obviamente, em caso de descumprimento, o crime não ocorrerá. Assim, por exemplo, se um graduado, fora do expediente, deseja estacionar seu veículo em local não permitido, sendo impedido pela Sentinela, e, em face da proibição, conversa com o *Oficial de Dia,* que lhe abre exceção, obviamente o crime não ocorrerá, porquanto o militar, ainda que não tenha acatado momentaneamente a ordem, não afrontou a autoridade militar, pelo contrário, buscou entender-se com quem teria atribuição para reformar a ordem emitida. Estará ausente, nesse caso, o elemento subjetivo exigido pelo tipo, como veremos abaixo.

Se a ordem for do *Oficial de Dia* e o *Comandante da Guarda* pretender alterá-la, a Sentinela terá o dever de alertar o Graduado de que há ordem contrária superior. Em mantendo o Graduado a sua decisão de alterar a ordem, evidentemente, assumirá a responsabilidade por esse ato, devendo entender-se com o *Oficial de Dia*. Nessas circunstâncias, é de notar, poderá não ocorrer delito algum, pois, na dinâmica do serviço, é muito possível que, por qualquer motivo, o Oficial se veja obrigado a reformar sua ordem e, por qualquer motivo, determine ao Comandante da Guarda que transmita a nova ordem à Sentinela. Em outras ocasiões, também é possível que o *Comandante da Guarda*, mais próximo a uma situação emergencial, determine algo diferente daquilo que foi ordenado pelo *Oficial de Dia*, tendo, no entanto, o dever de, *a posteriori*, dar conta de sua deliberação ao Oficial de Dia, indicando os motivos emergenciais que a condicionaram. Caso não ocorra nenhuma das situações supracitadas, ou seja, quando o Comandante da Guarda (ou o *Adjunto de Dia* ou o *Cabo da Guarda*), deliberadamente e sem razão emergencial, altera determinação transmitida à Sentinela pelo *Oficial de Dia* (ou pelo *Subcomandante* ou *Comandante de Unidade*), arcará com as consequências de sua atitude, podendo ser até responsabilizado criminalmente, porém, não pelo delito em estudo, mas pelo crime de recusa de obediência (art. 163 do CPM), ou mesmo, em alguns casos, pelo delito de desrespeito a superior (art. 160 do CPM). Ao reformar indevidamente a ordem de um superior transmitida pela Sentinela, o graduado não pode responder pelo delito em estudo, porquanto não está se opondo à ordem,

mas ordenando à Sentinela de forma diversa, desconsiderando ou recusando-se a obedecer seu superior hierárquico.

Por outro lado, é possível que algum integrante do efetivo de serviço (o Comandante da Guarda, o Cabo da Guarda etc.) cometa o delito em estudo se, não tendo atribuição para mudar a determinação, não se curvar à determinação da Sentinela. Como exemplo, tomemos a sentinela de um paiol em que se faz a conferência de carga de munições e explosivos. Com a cautela de que ninguém adentre o paiol, para que se evite a subtração de material, o Oficial de Dia dá à Sentinela a ordem para que *ninguém ingresse no interior da instalação*. O Cabo da Guarda, e. g., sabedor dessa condição, em face da ordem transmitida pela Sentinela, apenas a ignora e consegue ingressar no interior da instalação. Nesse caso, teríamos, em tese, o delito, porquanto o Cabo da Guarda não transmitiu uma nova ordem em nome do superior ou em uma situação emergencial, quando inexistiria o delito; também, não deu simplesmente uma nova ordem, à revelia de seus superiores, quando poderia configurar os delitos dos arts. 160 ou 163 do CPM; aqui, simplesmente, opôs-se à ordem da Sentinela, configurando, pois, o delito em estudo.

Por fim, deve-se ter em mente que o delito estudado possui uma relação de subsidiariedade expressa com outros delitos ("se o fato não constitui crime mais grave"). Desse modo, se a oposição for, por exemplo, com a prática de grave ameaça, o delito do art. 164 será absorvido, por ser subsidiário, pelo delito de *resistência*, previsto no art. 177 do CPM. Da mesma forma, se, para se opor à ordem, o autor pratica violência contra a *Sentinela*, há de prevalecer o delito de *violência contra militar de serviço*, previsto no art. 158 do CPM.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de se opor.

Obviamente, ausente a intenção de afronta à autoridade militar, não haverá tipicidade subjetiva e, por consequência, não haverá o delito. Como exemplo, citemos o caso anteriormente descrito, em que um militar, alertado de que naquele local é proibido estacionar, para, momentaneamente, seu veículo para interceder junto ao *Oficial de Dia*, para que, em seu caso, abra uma exceção.

Também é possível, neste delito, a exclusão do dolo prevista no inciso II do art. 47. Assim, o militar que se opõe à ordem de Sentinela verbalizada com impropérios não estará cometendo o delito, por falta do elemento subjetivo (ex.: "É proibido estacionar aqui, seu porcaria!").

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor se opõe, seja da forma que for, à ordem da Sentinela.

• **Tentativa:** não é possível por ser crime unissubsistente.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** no caso de prática por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este tipo penal, basta que sejam encontrados os elementos grafados na Parte Especial.

Em caso do cometimento por civil (na esfera federal) ou por inativo, a complementação deve ser buscada nas alíneas do inciso III do mesmo artigo, lembrando que deve o agente, nesse caso, querer atentar contra a própria Instituição Militar**[1174]**.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

5.3. Reunião ilícita

• **Tipo legal**

Art. 165. Promover a reunião de militares, ou nela tomar parte, para discussão de ato de superior ou assunto atinente à disciplina militar:

Pena – detenção, de seis meses a um ano a quem promove a reunião; de dois a seis meses a quem dela participa, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** o bem jurídico tutelado é a disciplina militar; acresça-se a autoridade militar se a discussão versar sobre ordem de superior.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, bem como, apenas nas modalidades de promoção da reunião ou de tomar parte para discussão de assunto atinente à disciplina, o civil, porém, nesse caso, somente se no âmbito federal.

Relevante consignar que só poderão *promover* a reunião para discussão de ato superior ou dela participar aqueles que sejam inferiores, hierárquicos ou funcionais, ao praticante do ato discutido. Caso um superior ao praticante do ato a ser discutido interaja na promoção ou na efetiva reunião, poderá haver, no máximo, a participação, e não a coautoria. Como exemplo, o Major que, sabendo do propósito da reunião de discutir ato de um Capitão, empresta seu sítio para que Sargentos se reúnam e discutam o ato daquele Oficial Intermediário, será partícipe do delito. Por outra via, se o Major promover a reunião com o propósito de discutir o ato de um Capitão ou nela tomar parte, o crime estará descaracterizado, porquanto não teremos inferiores militares promovendo ou tomando parte em reunião para a discussão de ato de superior, mas militares, uns inferiores e outro superior, promovendo reunião ou se reunindo para discutir o ato de um Capitão. Em sentido diverso, Célio Lobão aduz que o "militar que promove e os que participam da reunião para discutir ato de superior, necessariamente são subordinados hierárquicos de quem emanou a ordem, o que não impede a responsabilidade penal, por coautoria, do militar com grau hierárquico igual ou superior ao do autor da ordem, desde que promova a reunião ou dela participe juntamente com militares de menor grau hierárquico. Esse militar, no entanto, não se inclui no número mínimo legal de dois militares"**[1175]**. Diferentemente, complementando as hipóteses, se o Major for convidado e, sem saber do propósito da reunião, verificar que os Sargentos irão discutir o ato de um Capitão, o fato de o Major não tomar parte na discussão possibilita o cometimento do delito pelos Sargentos, devendo o Oficial Superior adotar as medidas de polícia judiciária militar.

Por outro lado, quando o objeto da discussão proposta for assunto afeto à disciplina, não o ato de superior, é possível a coautoria de todos os presentes, inclusive civis, seja na forma de promover a reunião, seja na modalidade de nela tomar parte.

Entendemos, apesar de ilustres posicionamentos contrários[1176], que o civil pode promover e ainda tomar parte da reunião que discute assuntos próprios da disciplina da caserna, embora, por uma análise superficial, possamos ser levados a crer que o assunto é totalmente estranho aos interesses dos particulares (civis).

Ocorre que, não raramente, deve-se advertir, percebemos civis embrenhados nas questões militares.

Por óbvio, essa influência é muito mais comum no âmbito das instituições estaduais. Comumente, nas Polícias Militares, civis participam de decisões acerca do policiamento ostensivo preventivo, atitude que deve ser inclusive incentivada em nome de uma doutrina de polícia comunitária, em que a "Força Pública" e a comunidade, irmanadas, buscam soluções viáveis para os problemas de segurança pública que assolam determinada localidade. O problema inicia-se quando essa "filosofia" de polícia comunitária passa a ser desvirtuada, ocasião em que os líderes comunitários passam a entender que as milícias existem para prover a sua segurança, atendendo a suas necessidades comezinhas, esquecendo-se do prumo que deve ser seguido pelas Polícias Militares, de promoção do bem comum.

Entretanto, como bem sabemos, o tipo penal, pelas regras de competência plasmadas na Carta Maior, não é eficaz para a proteção das Polícias Militares, porquanto as Justiças Militares Estaduais não possuem competência para processar e julgar civis, o que nos levaria à busca da idealização de uma situação em âmbito federal.

Não é preciso grande esforço para encontrar utilidade da proteção do tipo para as Forças Armadas.

Corriqueiramente, os militares federais sofrem ataques desmedidos, desproporcionais, marcados por um ranço próprio da ignorância de uma militância ilógica, segundo a qual o escopo principal não é a promoção do bem de todos, mas, tão somente, alcançar o descrédito das instituições militares.

Obviamente que os abusos de outrora, se identificados e demonstrados, devem sofrer as consequências legais, no entanto, devemos lembrar que em um

confronto de forças os abusos podem ser cometidos por ambos os lados, o que merece escorreita e igual apuração. Isso, portanto, não deve obstar uma nova sociedade, em que haja o irmanamento de todos os setores para a promoção do engrandecimento do País.

Verificamos, entretanto, com muito pesar que há focos de resistência a esse irmanamento, surgindo aqueles que, sob o signo de serem sobreviventes de uma época de exceção, intitulam-se bastiões da probidade e da humanidade e desejam, como medida de justiça, a implosão das Forças Armadas.

Aos portadores desse engodo se destina o tipo penal em estudo. Pessoas que, com a ideia premeditada de enfraquecer gradualmente *os militares*, promovem o ataque aos pilares básicos das instituições militares, a hierarquia e a disciplina, esquecendo-se de que, legalistas como se intitulam, as Forças Armadas são organizações grafadas na *Constituição Cidadã*, a carta política mais avançada de nossa história e que merece reverência de todos.

Derradeiramente, sobre a sujeição ativa por civil, cumpre-nos, em nome da coerência sistêmica de nosso raciocínio, anotar um ponto comparativo. Ao interagir com militares para a discussão de disciplina militar e, com isso, ingressar como possível autor do delito em estudo, o civil estará afrontando sobremaneira a disciplina militar, apesar de a ela não estar vinculado. Diversamente, note-se, não vemos essa mesma potencialidade no delito capitulado no art. 162, conforme consignamos acima.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** antes de passarmos ao estudo dos elementos objetivos do tipo, pedimos vênia para firmar nossa posição pela constitucionalidade do tipo estudado, de sorte que foi ele recepcionado pela nova ordem constitucional, desde que com a interpretação adequada.

Ao enumerar os direitos e deveres individuais e coletivos, no Capítulo I, especificamente no inciso XVI do art. 5º, a Lei Maior garantiu a todos o direito de reunião pacífica, nos seguintes termos: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização,

desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente".

Sacramenta-se, portanto, o direito de reunião como um direito individual e ao mesmo tempo uma garantia coletiva, "uma vez que consiste tanto na possibilidade de determinados agrupamentos de pessoas reunirem-se para livre manifestação de seus pensamentos, quanto na livre opção do indivíduo participar ou não dessa reunião"**[1177]**.

Como bem sabemos, no entanto, nenhum direito grafado no Texto Maior possui caráter absoluto. Nesse sentido, devemos entender que os "direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito"**[1178]**. Há, portanto, uma limitação dos direitos e garantias fundamentais grafados na Lei Maior, marcada essa limitação pelo exercício de outros direitos, igualmente tutelados pela Constituição, desaguando, então, no *princípio da relatividade* ou *da convivência das liberdades públicas***[1179]**. Essa relativização deve ser solucionada pelo intérprete. Em face dessa realidade, conflitos surgem que exigem do intérprete acurada compatibilização, "de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua"**[1180]**. Trata-se do *princípio da concordância prática* ou *da harmonização***[1181]**.

Nesse contexto, portanto, partimos da premissa de que os direitos grafados na Carta Magna não são absolutos, podendo haver a necessidade de sua restrição.

Por outro aspecto, entretanto, essa limitação deve ser extraída da própria Constituição Federal, que o faz de forma expressa, ou de forma implícita em nome da coerência de seu sistema. Ademais, no caso específico das

limitações expressas, pode haver uma destinação geral, aplicável a todos, ou específica aos militares.

É possível, para reforçar nossa concepção, colher na Carta Magna alguns exemplos de limitações expressamente destinadas aos militares, na seguinte ordem: em casos de punições disciplinares, discussões à parte, não caberá o *habeas corpus*, garantia individual prevista no art. 5º, LXVIII, vedada aos militares federais, nos termos do art. 142, § 2º, da CF, e estendida aos militares dos Estados por força do art. 42, § 1º, da própria Lei Maior; o militar não pode exercer o direito de greve, direito social previsto nos arts. 9º e 37, VII, vedado aos militares federais, nos termos do art. 142, § 3º, IV, e estendida aos militares dos Estados por força do art. 42, § 1º, da *Lex Mater*.

Voltando ao direito de reunião, podemos afirmar que contém ele limitações expressas, com destinação geral, e implícitas, decorrentes da necessidade de harmonização dos princípios constitucionais.

No que tange às limitações expressas, o direito de reunião, para ser garantido, deve ser exercido de forma pacífica, o que permite a repressão a manifestações inebriadas por violência, contra a pessoa ou contra as coisas. Também expressamente se exige que os agrupados estejam sem armas. Não se pode, pela reunião, frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local. Embora não seja necessária a prévia autorização, há de haver a prévia comunicação à autoridade responsável pelo monitoramento (autoridade de trânsito, p. ex.). Por fim, anotem-se os limites nos casos de *estado de defesa* (art. 136, § 1º, I, *a*, da CF) e de *estado de sítio* (art. 139, IV, da CF).

Para o nosso escopo, nos limites implícitos ou deduzidos ao direito de reunião (assim por nós intitulado), há que se dar especial atenção à exigência de que a reunião seja convocada e realizada para um fim lícito, consentâneo com o ordenamento legal como um todo, e, agora sim, inclui-se a previsão infraconstitucional. É dizer que, se a lei infraconstitucional considerar determinado fim ilícito, a reunião não poderá ser desencadeada para esse fim, sob pena de responsabilidade, inclusive penal.

À guisa de exemplo, a reunião em frente a um estabelecimento bancário, com o fito de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a não trabalhar durante certo período, é uma reunião que se propõe a um fim ilícito, uma vez que a prática do fim proposto significará delito de atentado contra a liberdade de trabalho, capitulado no art. 197, I, do CP comum.

Nessa trilha deve caminhar a análise do tipo penal militar do art. 165, ou seja, de que há a vedação legal para que certos assuntos sejam objeto de discussão por militares, sendo criminalizada a promoção de uma reunião para discutir tais assuntos, bem como o ato de nela tomar parte. Em suma, a reunião com tal escopo possui um fim ilícito.

A respaldar a nossa construção, Alexandre de Moraes postula que a reunião, nos termos constitucionais, deve possuir os seguintes elementos:

"*Pluralidade de participantes*: a reunião é considerada forma de ação coletiva.

Tempo: toda reunião deve ter duração limitada, em virtude de seu caráter temporário e episódico.

Finalidade: a reunião pressupõe a organização de um encontro com propósito determinado, *finalidade lícita*, pacífica e sem armas. Anote-se, porém, como lembra Celso de Mello, que não será motivo para dissolução da reunião o fato de alguma pessoa estar portando arma. Nesses casos, deverá a polícia desarmar ou afastar tal pessoa, prosseguindo-se a reunião, normalmente, com os demais participantes que não estejam armados.

Lugar: a reunião deverá ser realizada em local delimitado, em área certa, mesmo que seja um percurso móvel, desde que predeterminada. Assim as passeatas, os comícios, os desfiles estão englobados no direito de reunião, sujeitando-se, tão somente, aos requisitos constitucionais, da mesma forma que os cortejos e banquetes com índole política"**[1182]**.

Como exposto, a própria previsão legal em estudo, o art. 165 do CPM, sentencia o fim ilícito para a reunião de militares, qual seja, a discussão de assuntos atinentes à disciplina ou a ato praticado por superior.

O tipo penal, contudo, da forma como está grafado, permite a interpretação de que toda e qualquer reunião, para discutir ato de superior ou para discutir assunto atinente à disciplina, constituir-se-ia em reunião direcionada a um fim ilícito, o que, absurdamente, abrangeria também a discussão elogiosa do ato de superior ou de assunto afeto à disciplina. Um grupo de militares que se reunissem para elogiar a ordem emitida por um superior, ou para elogiar a nova postura disciplinar de uma Corporação, estaria, em tese, em prática do delito.

Aqui, no entanto, pensamos que deve haver a interpretação conforme o sistema do Código Penal Militar e da própria Constituição Federal, no sentido de restringir o elemento típico *discussão* ao entendimento de que somente haverá o delito se a discussão significar afronta à disciplina ou à autoridade, o que só se alcança pela discussão que desprestigie, critique negativamente os assuntos referidos no tipo.

Pode-se chegar a essa compreensão, primeiramente, pela já consignada objetividade jurídica, significando que o escopo protetor do tipo são a disciplina e a autoridade. Ora, se a reunião se propõe a elogiar, não há afetação dos bens jurídicos protegidos, significando que não há falar no cometimento do crime estudado.

No âmbito constitucional, ressalte-se, não há mandado de criminalização de uma expressão de pensamento elogiosa, porquanto, sob o aspecto individual, não estará afetando a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de alguém (art. 5º, X, da CF), não gerando, portanto, o conflito de princípios que exija a harmonização à qual nos referimos. Também não haverá, agora sob o prisma transindividual, afetação da hierarquia e da disciplina, valores inegáveis das instituições militares, cuja violação, em tese, é repudiada por todos, pois a Lei Maior, condensadora dos anseios políticos do povo brasileiro, grafou tais axiomas (arts. 42 e 142) de forma clara e precisa.

Vencida a parte preliminar em que postulamos a constitucionalidade da previsão legal estudada, partamos, agora, para o estudo amiúde dos elementos típicos.

Os núcleos do tipo são “promover” e “tomar parte”.

Promover significa organizar, acionar, convocar ou mobilizar outras pessoas, tornando a reunião real para, no caso do tipo, discutir os assuntos grafados (ato de superior ou assunto atinente à disciplina). Essa compreensão afasta o delito se houver o convite recusado pelo convidado, porquanto a reunião não foi promovida**[1183]**.

Tomar parte significa participar, estar presente de forma engajada.

A *reunião* se configurará, em face da ausência de disposição em sentido contrário, com a participação de, no mínimo, dois militares.

Ato de superior deve ser compreendido como qualquer atitude, no bojo das relações afetas ao serviço, que contenha decisão, deliberação, opinião etc., podendo ser esse ato praticado gestualmente, por escrito, por palavras ou outras formas. Assim, fora da concepção do tipo estão os atos praticados na vida privada que não possam comprometer a disciplina e autoridade no seio da caserna. Não preencheria o tipo penal, por exemplo, uma reunião de militares amigos, com o escopo de trocarem informações sobre planejamento financeiro em que estivesse na pauta o comentário, em sentido negativo, de um superior que se tenha endividado pela falta de conhecimento das técnicas de planejamento do orçamento.

A expressão "superior" já foi explorada anteriormente, razão pela qual remetemos o leitor aos nossos comentários ao art. 157 do CPM. Basta que aqui firmemos que o superior praticante do ato a ser discutido pode ser tanto o superior hierárquico como o funcional.

Além do *ato de superior*, a reunião também pode versar sobre *assunto atinente à disciplina*. Essa expressão é muito ampla, mas é certo que o cerne da questão continua sendo o choque, o desrespeito, a afronta dos mesmos bens através daquela discussão. Cumpre, aqui, um alerta de que a discussão sobre disciplina, se efetivamente realizada e se enveredar por determinados contextos, poderá encontrar subsunção em outros tipos penais militares. Assim, a promoção da reunião para discutir, de forma negativa, a disciplina em geral, ou dela participar, configurará o delito em estudo. Porém, se durante a discussão houver o acerto para que aqueles militares ingressem na conduta de motim ou de

revolta, teremos o delito de conspiração (art. 152 do CPM); caso a discussão se enverede para instigação à desobediência, à indisciplina ou à prática de crime militar, teremos o delito de incitamento (art. 155 do CPM); se a discussão redundar no acerto de prática futura de deserção, teremos o crime de concerto para a deserção (art. 191 do CPM). Como se percebe, o desencadeamento temporal sucessivo, bem claro em nosso exemplo, permite concluir que o crime em estudo, especificamente na modalidade de *tomar parte em reunião*, possui natureza subsidiária, o que se confirma com a análise do preceito secundário (pena de detenção, *de dois a seis meses, a quem dela participa, se o fato não constitui crime mais grave*, caracterizando a subsidiariedade expressa).

Embora irrelevante a efetiva *discussão*, bastando a intenção de se reunir com esse escopo, conveniente compreender tal termo. *Discutir* significa examinar um assunto por intermédio de argumentos, podendo conter tanto opiniões favoráveis como desfavoráveis. Como afirmamos acima, portanto, o tipo penal, desastrosamente, permitiria a subsunção do fato mesmo se a discussão importar em elogio. No entanto, conforme já exposto, essa visão não pode ser aceita, uma vez que a reunião só poderá ser considerada delituosa se tiver como escopo a discussão de ato de superior ou assunto afeto à disciplina que traga lesão à autoridade e à disciplina militares, o que, certamente, não acontecerá se a reunião for para discussão elogiosa daquele ato. Em conclusão, a reunião com fim ilícito, enxergada sistematicamente, somente será aquela em que os militares interessados se reúnem para afrontar a ordem militar, atacando a autoridade de quem determinou o ato e a disciplina militar daquela Unidade**[1184]**.

Como suscitamos ao dar um exemplo quando discutimos os sujeitos deste delito, firmamos que se um militar se reúne a outros sem saber o propósito do encontro e, ao tomar conhecimento do teor da reunião, deixa o local imediatamente por não pactuar com a discussão, não comete o delito. A sua inação diante do delito, no entanto, se para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, poderá configurar crime de prevaricação, capitulado no art. 319 do CPM. Nesse contexto, para não figurar no polo ativo da reunião ilícita, basta que o militar deixe o local por não anuir no fato, porém, para não sofrer o peso da responsabilidade penal militar como um todo, além de deixar o local, deve, dentro de suas possibilidades, agir para coibir o ilícito em curso, por exemplo,

acionando efetivo de serviço para o local, ou mesmo, se possuir condições, efetuar a prisão em flagrante dos consortes.

Outra possibilidade de ocorrência seria a *prática silenciosa do delito*. Exemplificando: um militar é convidado para uma reunião sem que se esclareça o teor a ser discutido; chegando ao local, no horário marcado, toma tento do que se discutirá, sabendo, a partir de então, que o ato de um superior, por exemplo, estará em pauta de forma negativa; ainda que não pactue com a ação de discutir o ato, decide ele permanecer na reunião de forma silenciosa, não se manifestando acerca do ato discutido; como o tipo penal não exige a efetiva discussão, mas a simples participação da reunião em que se discutirá o ato, o agente terá configurado o delito. Nesse sentido, anota Célio Lobão ser irrelevante "se o agente participou ou não da discussão, do debate, sendo suficiente sua presença, independente do tempo em que permaneceu na reunião"**[1185]**.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de promover a reunião ou dela tomar parte com um fim específico: discutir ato de superior ou assunto afeto à disciplina. Há, portanto, uma finalidade específica, configurando-se um elemento subjetivo específico do tipo penal (antigo dolo específico).

Caso o militar seja chamado à reunião e, sem conhecer os seus motivos, lá compareça, não poderá ser incriminado até o momento em que se anuncie o que se pretende com a reunião, isso se deliberar pela permanência e por tomar parte na discussão. Até este momento, falta-lhe o dolo de afrontar os bens jurídicos tutelados e, portanto, não há falar em crime.

• **Consumação:** o delito se consuma quando a reunião acontece, pois, até então, não há falar em "promover", já que não existiu, nem em "tomar parte", pelo mesmo motivo.

Não se exige, no entanto, como já ressaltamos, que ocorra a efetiva discussão dos assuntos grafados no tipo.

• **Tentativa:** não cabe em nenhuma das previsões, por se configurar delito unissubsistente.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** no caso de prática por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este tipo penal, basta que sejam encontrados os elementos grafados na Parte Especial.

Em caso do cometimento por civil (na esfera federal) ou por inativo, a complementação deve ser buscada nas alíneas do inciso III do mesmo artigo, lembrando que deve o agente, nesse caso, querer atentar contra a própria Instituição Militar[1186].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

5.4. Publicação ou crítica indevida

• **Tipo legal**

Art. 166. Publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo:

Pena – detenção, de dois meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** assim como no delito anterior, o bem jurídico protegido é a disciplina militar perturbada pela afronta da publicação ou da crítica; entretanto, se o alvo da conduta for ato de superior, teremos também o ferimento à autoridade de quem o praticou.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar (federal ou estadual), que deve ser compreendido, nos termos do art. 22 do CPM, como o militar em situação de atividade. O militar inativo e o civil[1187] podem perpetrar este delito se em concurso com um militar da ativa, quando a circunstância pessoal *militar*, que é elementar do tipo, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM). O militar inativo, ademais, poderá perpetrar este delito se estiver sendo empregado na Administração Militar, conforme expõe o art. 12 do Código

Castrense.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar, que se vê lesada em sua disciplina. Ademais, na forma de crítica de ato de superior, o praticante do ato é atingido pela conduta nuclear, sendo, portanto, sujeito passivo mediato.

• **Elementos objetivos:** as condutas nucleares são *publicar* e *criticar*.

Publicar é tornar público, levar a conhecimento, o que pode ser de viva voz, por escrito, diretamente ou por qualquer outro meio de comunicação, como televisão, jornal, *e-mail* etc.

Irrelevante para o crime sob exame se o público que poderia ser alcançado pelo ato de publicação é composto de civis (público externo) ou de militares (público interno). Evidente que, se o alvo da publicação for unicamente o público interno, a repercussão do ato será menos marcante e importará, eventualmente, em ameaça menor aos bens tutelados, o que não excluirá, entretanto, a responsabilidade do agente, mas poderá interferir na dosimetria da pena, como circunstância judicial, nos termos do art. 69 do CPM**[1188]**.

A publicação, ademais, para ser delituosa, pressupõe a ausência de licença, de autorização de autoridade competente, reconhecendo-se, aqui, um elemento normativo do tipo, em que o aplicador do Direito Penal Militar deverá investigar muito bem tal elemento e, somente o confirmando, concluir pela perfeita subsunção.

O objeto da publicação é o *ato* ou *documento oficial*.

Ato oficial, para Célio Lobão, consiste na "declaração verbal ou escrita, de autoridade militar, relativa a assunto atinente às instituições militares"**[1189]**.

Documento, também nos claros e didáticos dizeres de Célio Lobão, traduz-se por "qualquer objeto hábil para transmitir uma ideia, um pensamento, por meio de escrita, desenho, número, figura geométrica, fita de vídeo, disquete de computador etc."**[1190]**, devendo ganhar o adjetivo de *oficial*, ou seja, também, como no ato oficial, tratar de assunto atinente às instituições militares. Com efeito, adota-se aqui uma *teoria ampla* para a conceituação de documento.

É possível concluir pela exigência típica de que o ato ou documento oficial versem sobre assunto atinente às instituições militares, isso com foco no estudo dos bens jurídicos tutelados. Ora, se o escopo da disposição estudada é a proteção da disciplina e da autoridade militares, por suposto, a potencialidade de lesão a tais bens, aqui mormente à disciplina militar, há de encontrar proximidade com as instituições militares, de modo que se exige que o assunto versado no ato ou no documento conheça uma relação com tais instituições.

A segunda possibilidade é a de *criticar publicamente*. Faz-se necessário, neste ponto, a mesma advertência feita quando do estudo do tipo anterior. Com efeito, tal qual a *discussão*, vista anteriormente, a *crítica* pode comportar conteúdo positivo ou negativo. Por óbvio, a crítica positiva não ameaçará os bens tutelados e, por consequência, não se bastará ao preenchimento do tipo penal estudado.

A *crítica*, para ser delituosa, recairá sobre três objetos, a saber: a) o ato de superior, b) o assunto atinente à disciplina e c) a resolução do governo.

O ato de superior e o assunto atinente à disciplina, já os exploramos nos comentários do tipo penal anterior.

Resolução, segundo Hely Lopes Meirelles, é "toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria"**[1191]**. A publicação de resolução governamental, nesse aporte, significa afronta à disciplina, pois o governo se personifica na pessoa do Chefe do Poder Executivo que é, ao final, o Chefe Supremo da Força Militar, seja ela federal ou estadual, conforme preceitos constitucionais (arts. 142 e 144, § 6º, da CF).

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a vontade livre e consciente de praticar as condutas descritas.

Caso o agente publique o ato ou documento, por autorização de pessoa que pense ser competente para tanto, sem que de fato o seja, haverá hipótese de erro de fato que afastará o dolo e, se plenamente escusável, isentará o agente de pena (art. 36 do CPM), sem prejuízo de responsabilização da pessoa que,

indevidamente, autorizou e provocou o erro (art. 36, § 2º, do CPM).

• **Consumação:** o delito se consuma quando ocorre a publicação do ato ou documento em questão, sendo indiferente para o tipo estudado que alguém tenha acesso à publicação; basta que, potencialmente, possa ela chegar ao conhecimento de alguém, configurando-se, pois, em *crime de perigo abstrato*, o que também leva à conclusão de que não se exige para a configuração do delito que a veiculação da informação lese efetivamente a disciplina ou a autoridade militares; é suficiente a simples conduta, sendo presumido o risco de lesão.

Na modalidade de se fazer crítica, o crime se consuma com a externalização do pensamento crítico, desde que publicamente, exigindo-se, porém, nessa modalidade, que pessoas apreendam as críticas publicadas (*crime de perigo concreto*). O advérbio "publicamente" é sinônimo da expressão "em público", equiparando a compreensão deste artigo àquela consignada nos comentários à consumação da forma majorada do delito de despojamento desprezível. Diferente seria se a norma consignasse a expressão "em local público", quando a referência ao local, e não à assistência pelo modo como se pratica o ato, levaria à conclusão de que o risco seria presumido, bastando a prática da conduta no local indicado.

• **Tentativa:** é admissível nos casos em que se tomam todas as providências para efetivar a publicação e esta acaba por não acontecer por fatores alheios à vontade do autor. No caso específico da crítica, é inadmissível por se tratar de modalidade unissubsistente.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1192].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

6. DA USURPAÇÃO E DO EXCESSO OU ABUSO DE AUTORIDADE

6.1. Assunção de comando sem ordem ou autorização

- **Tipo legal**

Art. 167. Assumir o militar, sem ordem ou autorização, salvo se em grave emergência, qualquer comando, ou a direção de estabelecimento militar:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

- **Objetividade jurídica:** continua sendo a autoridade militar (do cargo indevidamente ocupado), bem como a disciplina militar, pelo fato de alguém se investir e tentar impor autoridade que não possui.

- **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar (federal ou estadual), que deve ser compreendido, nos termos do art. 22 do CPM, como o militar em situação de atividade. Em regra, o delito seria cometido apenas por Oficiais, que são formados para o exercício da função de comando. No entanto, como o delito pressupõe uma assunção ilegal, embora raro, Praças também poderiam perpetrá-lo.

Militar inativo e civil[1193] podem perpetrar este delito se em concurso com um militar da ativa, quando a circunstância pessoal "militar", que é elementar do tipo, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM). No concurso, no entanto, somente será possível a participação, por tratar-se de crime de mão própria.

O militar inativo, ademais, poderá perpetrar este delito se estiver sendo empregado na Administração Militar, conforme expõe o art. 12 do Código Castrense.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

- **Elementos objetivos:** aqui, o militar, seja de que esfera for, assume

comando (designação dada a Unidades operacionais) ou a direção (designação dada a Unidades administrativas) de estabelecimento militar. A abrangência do tipo, portanto, chega até o nível de Unidade, operacional ou administrativa, afastando-se a possibilidade de subsunção de uma assunção ilegal de Subunidade incorporada a uma Unidade, de um Pelotão ou de um Grupo.

Assumir o comando ou a direção implica a prática de ato, administrativo ou operacional, exclusivo do cargo que está sendo usurpado. Não basta que o militar ocupe fisicamente a posição de Comandante e que pratique atos irrelevantes, não decisivos aos desígnios do comando. Como exemplo, não teríamos o delito no simples ato de um Tenente sentar-se na cadeira do Comandante e determinar ao ordenança meras ações irrelevantes à condução da Unidade, como para que o soldado lhe traga um café, um copo d'água etc.

Afasta-se a tipicidade, por óbvio, se a assunção for autorizada, sendo aqui reconhecido um elemento normativo do tipo a ser investigado pelo operador do Direito Penal Militar. Em outros termos, o tipo transmite a ideia de que a assunção de função de comando somente pode decorrer de ordem (um superior determina que alguém assuma o comando ou direção da Unidade – iniciativa do superior) ou de autorização (o subordinado pleiteia determinado comando ou direção e seu pedido é aceito pelo superior – iniciativa do subordinado). Para a figura típica, portanto, o autor deve usar essa assunção indevida como forma de afrontar os bens jurídicos tutelados, uma vez que não recebeu determinação nem foi autorizado a assumir a função de comando.

Também se afasta a tipicidade pela verificação de uma situação emergencial que exija a assunção sem autorização. Não se pode compreender qualquer emergência, mas somente aquela que importe na exigência de que alguém assuma o comando que não lhe é próprio. Seria o caso, por exemplo, do Major que assumisse momentaneamente Grupo de Artilharia, em um exercício prático, em razão de o Comandante efetivo ter-se ferido durante a manobra. Exige-se, pois, que a conduta seja praticada em situação de normalidade.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de praticar atos oficiais no exercício de cargo de que não está incumbido nem autorizado.

Caso o agente pense que está no desempenho da função legalmente e, de fato, não esteja, o dolo será afastado, verificando-se o erro de fato essencial, que isentará o agente de pena se escusável sua conduta (art. 36 do CPM).

O *animus jocandi*, evidentemente, também exclui o dolo, pois não há a intenção de ofender, nem à autoridade nem à disciplina. Assim, o militar que, desejando pregar uma peça no colega, finge ter assumido o comando de um estabelecimento militar, não terá sua conduta subsumida pelo tipo, pela falta de elemento subjetivo.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor determinar a prática do ato administrativo ou operacional próprio de Comandante ou Diretor, não sendo necessário que ele se efetive.

• **Tentativa:** não é possível, pois, mesmo que a primeira ordem daquele que assumiu indevidamente o comando fosse interceptada antes de seu cumprimento, o momento consumativo já se teria operado, quando da emissão da ordem ao destinatário, independentemente de ela alcançar ou não seu objetivo.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1194].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

6.2. Conservação ilegal de comando

• **Tipo legal**

Art. 168. Conservar comando ou função legitimamente assumida, depois de receber ordem de seu superior para deixá-los ou transmiti-los a outrem:

Pena – detenção, de um a três anos.

• **Objetividade jurídica:** a objetividade jurídica continua sendo a autoridade militar (do cargo indevidamente ocupado), bem como a disciplina militar pelo fato de alguém se investir e tentar impor autoridade que não possui.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar (federal ou estadual), desde que em serviço ativo.

Deve-se reparar que, embora o tipo não grafe expressamente a palavra "militar", utiliza-se da expressão "ordem de seu superior", o que exclui a possibilidade de o civil cometer, propriamente, este delito.

Da mesma forma, o fato de referir-se à assunção de comando ou de função afasta a possibilidade de o inativo, exceto se equiparado a militar da ativa (art. 12 do CPM), perpetrar o delito.

O militar inativo e o civil[1195] podem praticar este delito se em concurso com um militar da ativa, quando a circunstância pessoal de ser militar da ativa, exigida para a perpetração do delito, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM). No concurso, no entanto, somente será possível a participação, por tratar-se de crime de mão própria.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** na disposição em estudo, a única diferença que se aponta em relação ao delito anterior é que o autor já está no comando ou na função quando é afastado por ordem de autoridade competente, seja por questão administrativa ou operacional, disciplinar ou estratégica. Indiferente a isso, afrontando os bens jurídicos em foco, ele não desocupa o comando ou a função e continua a exercitá-la, praticando atos exclusivos dela fora da vigência de seu exercício ou se negando expressamente a deixá-la.

Cumpre, neste ponto, buscar o entendimento que se deve ter acerca do elemento típico "função". Para o saudoso Hely Lopes Meirelles, função "é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada

categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução dos serviços eventuais, sendo comumente remunerada através de *pro labore*"**[1196]**. Não se confunde a função com a definição de "cargo", que, segundo o mesmo doutrinador, "é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser promovido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei"**[1197]**.

Fazendo um paralelo com a carreira dos militares, teríamos os cargos equiparados aos postos e graduações, enquanto as funções de cada cargo representariam o conjunto de atividades conferidas pela Administração Militar, a exemplo de Assessor Militar, Adido Militar, Ajudante de Ordens, Comandante etc. Nessa toada, o comandamento de uma Unidade, de uma Subunidade, de um Pelotão é também função atinente aos cargos, o que nos leva a concluir que caminharia melhor a lei penal militar se consignasse no tipo em estudo a expressão "comando ou outra função". De qualquer forma, alcançou-se a abrangência desejada com a previsão de *comando* e de *função*. A função focada pelo tipo penal, no entanto, há de estar restrita à função de um militar, e nunca à de um civil que trabalhe na Administração Militar, compreensão a que se chega, como já consignado, com a restrição trazida pela expressão "depois de receber ordem de seu superior", visto que somente o militar possui superior.

Também, pela compreensão do termo "função", incluindo-se aqui o termo "comando", fica claro que se afasta a sujeição ativa por militar que não mais esteja no serviço ativo, visto que não pode ele deter funções, exceto se revertido ao serviço ativo ou se empregado, por respaldo legal, na Administração Militar. Note-se, porém, que, no primeiro caso, será ele, em verdade, militar da ativa por força da reversão, enquanto, na segunda hipótese, estará equiparado a militar da ativa, nos termos do art. 12 do CPM, para fins de aplicação da lei penal militar.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de praticar atos oficiais no exercício de cargo de que não está mais incumbido, nem autorizado. Caso o militar não conheça a determinação superior, obviamente afastar-se-á o dolo, inexistindo o delito.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor determinar a prática do ato administrativo ou operacional próprio de Comandante, ou de outra função, não sendo necessário que ele se efetive.

• **Tentativa:** possível somente no caso de a determinação ter sido encaminhada por escrito e interceptada por circunstâncias alheias à vontade do autor, sem ter chegado a quem de direito.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1198].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

6.3. Operação militar sem ordem superior

• **Tipo legal**

Art. 169. Determinar o comandante, sem ordem superior e fora dos casos em que essa se dispensa, movimento de tropa ou ação militar:

Pena – reclusão, de três a cinco anos.

Forma qualificada

Parágrafo único. Se o movimento da tropa ou ação militar é em território estrangeiro ou contra força, navio ou aeronave de país estrangeiro:

Pena – reclusão, de quatro a oito anos, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** atinge, preliminarmente, a disciplina militar, pois a realização de operação militar sem ordem ou autorização perturba a

regularidade da Instituição. Inegavelmente, a conduta descrita afronta também a autoridade sob a qual está o autor da operação indevida, uma vez que ele a promoveu à socapa daquele.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o Comandante; portanto, não se exige apenas a qualidade de militar, mas ainda que ele esteja na função de Comandante.

Deve-se reparar que, embora o tipo não grafe expressamente a palavra "militar", utiliza o termo "Comandante", excluindo, assim, a sujeição ativa de civis e de inativos, exceto, neste caso, se empregados na Administração Militar e designados para a função de Comandante.

Militar inativo e civil[1199] podem perpetrar este delito se em concurso com um militar da ativa, quando a circunstância pessoal "Comandante", que é elementar do tipo, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM). No concurso, no entanto, somente será possível a participação, por tratar-se de crime de mão própria.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo do tipo penal militar em questão é "determinar", "mandar", "ordenar". O modo pelo qual se determina é livre, podendo ser de forma direta ou por terceiro, verbalmente ou por qualquer outro meio (carta, bilhete, *e-mail* etc.).

Essa imposição é feita pelo Comandante, seja Oficial ou Praça, que esteja na função de direção de estabelecimento militar ou qualquer fração de tropa, até mesmo um grupo.

Note-se que o tipo em estudo diferencia-se dos anteriores a ele similares pelo fato de que, aqui, o desempenho da função é regular, não tendo nem a assunção nem a prorrogação ilegal. A ilegalidade está na ordem emitida, cujo objeto é o movimento de tropa ou ação militar desautorizados.

Movimento de tropa implica tão somente o deslocamento de um ponto a outro, sem que haja, propriamente, uma estratégia em si.

Ação militar, por sua vez, é o emprego da tropa com execução e fim definidos, ou seja, em um contexto estratégico planejado.

Excluir-se-á a tipicidade do fato, por expressa previsão, se o movimento ou a ação de tropa se derem em casos de dispensa de ordem superior. Trata-se aqui dos casos em que a movimentação ou ação fazem parte das atividades próprias daquela tropa e, mesmo que não corriqueiras, compõem o rol de atribuições legais de que ela foi investida, isso porque a resposta deve ser emergencial e pronta. Cite-se, como exemplo, a fuga em massa de um estabelecimento prisional que está situado ao lado de um quartel da Polícia de Choque (Militar); por óbvio que a tropa ali em prontidão irá operar de imediato, no sentido de conter a fuga em massa, independentemente de qualquer ordem, mesmo porque sua missão constitucional de preservação da ordem pública assim o exige.

O delito torna-se qualificado se for perpetrado em território estrangeiro, o que é de fácil assimilação, pois a repercussão da afronta à autoridade e à disciplina é sensivelmente maior e atinge o próprio país, através de seus órgãos de segurança, sem falar da repercussão da própria movimentação ou da ação de uma tropa militar, sem ordem, em território alheio. A propósito da compreensão acerca do que se entende por *território estrangeiro*, remetemos o leitor aos comentários ao art. 138 do CPM, que definem o território nacional, permitindo, por raciocínio inverso, o entendimento desse elemento típico.

Igualmente qualificados, decorrentes do mesmo motivo, serão o movimento ou a ação militar perpetrados, mesmo que em território nacional, contra força estrangeira, ou ainda navio ou aeronave estrangeira. Como *força estrangeira* entenda-se a tropa pertencente ao país estrangeiro. *Navio*, conforme expõe o § 3º do art. 7º do próprio CPM, é "toda embarcação sob comando militar". *Aeronave* deve ser compreendida como todo e qualquer aparelho, com a função de transporte pessoal ou material, capaz de se sustentar e se conduzir no ar.

Por fim, cumpre anotar que o delito em estudo é subsidiário, especialmente a forma qualificada, em que a subsidiariedade é expressa, conforme indica o preceito secundário.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de determinar a movimentação de tropa ou a ação militar indevida.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor der a ordem de movimentação da tropa ou da ação militar, não sendo necessário que a determinação seja cumprida.

• **Tentativa:** não é possível na forma oral, mas o é de modo escrito, em que, por circunstâncias alheias à vontade do agente, a determinação não chega a atingir seu destino.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1200].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

6.4. Ordem arbitrária de invasão

• **Tipo legal**

Art. 170. Ordenar, arbitrariamente, o comandante de força, navio, aeronave ou engenho de guerra motomecanizado a entrada de comandados seus em águas ou território estrangeiro, ou sobrevoá-los:

Pena – suspensão do exercício do posto, de um a três anos, ou reforma.

• **Objetividade jurídica:** os bens jurídicos focados pela norma em estudo também são a disciplina militar e a autoridade militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o Comandante de *força, navio, aeronave ou engenho de guerra motomecanizado*, porquanto não se exige apenas

a qualidade de militar, mas ainda que esse militar esteja na função de Comandante das frações que o tipo consagra.

Embora o tipo também não grafe expressamente a palavra “militar”, a utilização do termo “Comandante” exclui a possibilidade de sujeição ativa por civis e inativos, exceto, neste caso, se empregados na Administração Militar e designados para a função de Comandante.

Ademais, focando a análise no preceito secundário, exige-se que o Comandante de *força, navio, aeronave ou engenho de guerra motomecanizado* seja Oficial, sob pena de não haver subsunção para o fato se o autor for Praça ou Praça Especial. Com efeito, embora o preceito primário não deixe tal situação clara, a pena do delito, ao ser fixada em *suspensão do exercício do posto, de um a três anos, ou reforma*, atrela o cometimento do delito aos Oficiais, pois somente eles possuem *posto*.

O militar que seja Praça (especial ou não), o inativo ou mesmo o civil**[1201]** podem perpetrar este delito se em concurso com um militar da ativa, quando a circunstância pessoal de ser “Comandante”, que é elementar do tipo, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM). No concurso, no entanto, somente será possível a participação, por tratar-se de crime de mão própria.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é ordenar, mandar, determinar, assim como no delito anterior. O modo pelo qual se determina é livre, podendo ser de forma direta ou por terceiro, oral ou por qualquer outro meio (carta, bilhete, *e-mail* etc.).

Nesta figura delitiva, o militar, comandante de qualquer fração de tropa, impõe a seus comandados a entrada em território, água ou espaço aéreo estrangeiro. O autor, portanto, está no comando de força terrestre, navio, aeronave ou ainda engenho de guerra motomecanizado, que já comentamos acima, e impõe tal determinação.

Força terrestre compreende o corpo de tropa formado por militares. Navio, conforme expõe o § 3º do art. 7º do próprio CPM, é "toda embarcação sob comando militar". Aeronave deve ser compreendida como todo e qualquer aparelho, com a função de transporte pessoal ou material, capaz de se sustentar e se conduzir no ar. Por fim, engenho de guerra motomecanizado é a máquina, aparelho ou mecanismo com emprego bélico, destinado a potencializar a capacidade de utilização em terra de uma força militar, seja pelo aumento da velocidade útil, seja pelo aumento do poder de fogo, ou mesmo com incremento de ambos, a exemplo dos carros de combate.

A propósito do que se entende por *águas ou território estrangeiro*, mais uma vez remetemos o leitor aos comentários ao art. 138, que definem o território nacional, permitindo, por raciocínio inverso, o entendimento deste elemento típico.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de determinar a invasão de espaço terrestre, aéreo ou marinho estrangeiro; portanto, se por culpa (negligência) o autor determina a operação de sua tropa em área que entendia ser nacional e na verdade não o era, não responderá pelo delito. Evidentemente, deve-se avaliar, no caso concreto, a possibilidade de ocorrência do dolo eventual, quando, então, presente o elemento subjetivo, o delito ocorreria.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor dá a ordem para o ingresso em território estrangeiro, não sendo necessário que a determinação seja cumprida.

• **Tentativa:** não é possível na modalidade oral, mas o é na escrita.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1202].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

6.5. Uso indevido por militar de uniforme, distintivo ou insígnia

• **Tipo legal**

Art. 171. Usar o militar ou assemelhado, indevidamente, uniforme, distintivo ou insígnia de posto ou graduação superior:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** a disciplina militar é o alvo de proteção dessa previsão legal, pois a ordem é perturbada com a aparição pública de militar com indumentária que não lhe é pertinente. Como a peça indevida pertence a superior, há afronta, também, à autoridade do posto ou da graduação que está sendo violado, sendo ela, a autoridade militar, também objeto de proteção.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar (federal ou estadual), que deve ser compreendido, nos termos do art. 22 do CPM, como o militar em situação de atividade.

Afastamos, desde nossos comentários à Parte Geral, a possibilidade do cometimento de delito militar por assemelhado, por entendermos não mais existir essa figura no cenário jurídico.

Militar inativo e civil**[1203]** podem perpetrar este delito se em concurso com um militar da ativa, quando a circunstância pessoal "militar", que é elementar do tipo, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM). No concurso, no entanto, somente será possível a participação, por tratar-se de crime de mão própria.

O militar inativo, ademais, poderá perpetrar este delito se estiver sendo empregado na Administração Militar, conforme expõe o art. 12 do Código Castrense.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria

Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "usar", que significa *utilizar*, *no caso* uniforme, distintivo ou insígnia de posto ou graduação superior.

Evidentemente, exige-se que a utilização seja em público, pois o uso de uniforme ou de suas peças e distintivos de forma velada, às escondidas, com o fim único de analisar-se em frente a um espelho, por exemplo, é mero desejo pueril e não afronta os valores tutelados. Ademais, ausente estará o elemento subjetivo exigido pelo tipo em estudo.

O uso deve ser *indevido*, o que implica desconformidade com os regulamentos e ordens vigentes e estar desabrigado pela autorização superior (p. ex.: autorização de uso para teatralização em um treinamento ou até mesmo para um evento de cunho artístico).

Quanto aos demais elementos típicos, o agente deve usar *uniforme, distintivo ou insígnia de posto ou graduação superior.*

Uniforme é o fardamento constituído pela roupa, cobertura, calçados, equipamentos e acessórios como cinto, meias, quepes, capacetes e outras peças que assim forem definidas em regulamento.

Distintivo é o símbolo sobreposto ao uniforme, indicativo de curso (brevê), da Unidade Militar (brasão), ou de função desempenhada pelo militar (p. ex., o alamar).

Insígnia é o símbolo também sobreposto ao uniforme, geralmente nas golas, ombreiras ou mangas de camisa, indicativo de quadro, arma, posto ou graduação.

Por essa compreensão, aquele que se utiliza de peças avulsas do uniforme não estará em prática delitiva, resolvendo-se a questão apenas na esfera disciplinar. Com efeito, o crime visa tutelar a disciplina e a autoridade militares, exigindo que aquele que pratique a conduta nuclear esteja hábil a passar-se por superior.

A utilização dos elementos acima deve ser capaz de provocar o

engodo, de levar à confusão, sem o que os bens tutelados não estarão em risco. Não significa dizer, por outro lado, que o uniforme deve estar completo e com todas as insígnias e distintivos para caracterização do delito, bastando a utilização de peça(s) que possa(m) levar a confusão – obviamente somada ao elemento subjetivo. Dessa forma, por exemplo, não está em prática delitiva, mas de simples transgressão disciplinar, aquele que sobrepõe ao seu casaco, não pertencente ao fardamento (casaco de couro, jeans etc.), uma insígnia de Oficial Superior, quando detém o posto de Primeiro-Tenente.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente do autor de usar uniforme, distintivo ou insígnia de superior, capaz de provocar o engodo, não necessariamente praticando atos em que pretensamente se passe por superior.

O dolo está ausente; portanto inexe o delito se o ato for praticado por brincadeira (*animus jocandi*), em peças teatrais, trotes etc. Caso a "brincadeira" ou a peça tenha sido autorizada, nada restará ao agente; porém, não havendo a autorização, a questão se resolverá na esfera administrativo-disciplinar, não havendo falar em crime, pela ausência do elemento subjetivo, mas em mera transgressão disciplinar.

Também não há elemento subjetivo, não prevalecendo, portanto o crime na conduta do Aspirante a Oficial que, em data de promoção, pensa ter sido sua promoção ao posto de Segundo-Tenente publicada em Diário Oficial, quando, em verdade, por qualquer motivo, a publicação não foi efetivada. Todavia, uma vez conhecendo a ausência de publicação e, ainda assim, insistindo na ostentação da insígnia do posto de Segundo-Tenente, estará, em tese, incorrendo neste delito.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor usa peça (própria de superior) a que não faz jus, independentemente de praticar ou não o ato de passar-se por superior; basta, como já suscitamos, a demonstração de que sua conduta era capaz de confundir os que com ele eventualmente interagissem, gerando, portanto, um risco à disciplina e à autoridade militares (*crime de perigo concreto*).

• **Tentativa:** não é possível em vista de ser crime unissubsistente.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1204].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

6.6. Uso indevido de uniforme, distintivo ou insígnia militar por qualquer pessoa

• **Tipo legal**

Art. 172. Usar, indevidamente, uniforme, distintivo ou insígnia militar a que não tenha direito:

Pena – detenção, até seis meses.

• **Objetividade jurídica:** o bem jurídico tutelado é a autoridade militar, que pode ser lesada diante do engodo criado pelo uso indevido de uniforme, distintivo ou insígnia. Também visa, o tipo, resguardar a disciplina militar afetada pelo uso indevido dessas peças por um militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa, civil ou militar (da ativa ou inativo).

No caso de sujeição ativa de um civil, deve-se frisar que somente será possível a ocorrência do delito em âmbito federal. Do contrário, caso o uniforme (insígnia ou distintivo) utilizado seja das Milícias estaduais, a tipificação seria buscada na legislação penal comum, especificamente na Lei de Contravenções Penais (Dec.-Lei n. 3.688, de 3-10-1941), art. 46.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** a descrição da conduta é idêntica à do delito

anterior, diferindo apenas no fato de que naquele a conduta recai sobre uniforme, distintivo ou insígnia próprios de superior, enquanto nesta a utilização pode recair sobre qualquer uniforme, insígnia ou distintivo, excetuando-se, obviamente, aquele referente a um superior, quando haveria subsunção pelo tipo precedente. Assim, incorreria no delito o Oficial que, para afrontar a disciplina, vestisse uniforme com insígnias de Sargento.

A compreensão de uniforme, insígnia e distintivo foi delineada nos comentários do tipo anterior, para onde remetemos o leitor.

Da mesma forma que no delito anterior, o fato, para ser subsumido pelo crime de utilização indevida de uniforme por qualquer pessoa, deve ser capaz de provocar o engodo, de levar a confusão, sem o que os bens tutelados não estarão em risco. Não significa dizer, por outro lado, que o uniforme deva estar completo e com todas as insígnias e distintivos para a caracterização do delito, bastando a utilização de peça(s) que possa(m) levar a confusão – obviamente somada ao elemento subjetivo. Dessa forma, por exemplo, não está em prática delitiva o civil que sobrepõe ao seu casaco (de couro, jeans etc.) um brevê próprio do detentor do curso de paraquedismo, por não haver afetação da autoridade militar, uma vez ausente a capacidade hábil de induzir alguém a pensar tratar-se de um representante da Administração Militar.

Questões práticas acerca deste delito poderão apresentar-se, as quais buscaremos enumerar e solucionar, em alinho com o que se postulou até agora.

Não raras vezes, militares, buscando demonstrar maior galhardia, utilizam brevês de cursos que não frequentaram ou não concluíram. Essa conduta não tem tido a atenção merecida e, para muitos, seria de somenos importância, não sendo hábil a lesar os bens jurídicos tutelados, afastando-se, portanto, da subsunção como prática delitiva.

Com a devida vênia, entendemos tal conduta reprovável, a ponto de ser abarcada pelo tipo em estudo, porquanto o militar que assim procede não está agindo de forma disciplinada, podendo sua conduta trazer efeitos de extrema gravidade.

Inicialmente, deve-se frisar que, como já consignamos, são

manifestações essenciais da disciplina, na maioria, senão na totalidade, dos Regulamentos Disciplinares, a observância rigorosa das prescrições legais e regulamentares e a correção de atitudes**[1205]**. O militar que indevidamente ostenta peça de fardamento, distintivo ou insígnia afronta o Regulamento de Uniformes de sua instituição, portanto, afronta também a disciplina militar, que se acentua pelo fato de ele não buscar sua autocorreção.

Demonstrada a afronta à disciplina pela conduta, é de perquirir se a intervenção penal, nesse caso, não se configura em uma resposta muito drástica a uma conduta que, embora macule a disciplina, não tem a potencialidade de necessitar de pena para ser coibida.

Em que pesem posicionamentos contrários, entendemos que não, ou seja, que a intervenção penal é necessária nesses casos, pois se busca evitar consequências muito mais drásticas. Recorramos novamente ao exemplo: um policial militar, sem ter frequentado o curso específico de resgate, ostenta sobre sua farda o brevê desse curso; em determinada situação, em trânsito do quartel para sua residência, é testemunha de um acidente de trânsito de grandes proporções, já em atendimento pelo Corpo de Bombeiros, que carece, no entanto, de mais pessoas para dar a assistência; vendo o Policial Militar passar pelo local, o Oficial de Área responsável o aciona e determina que ele, supostamente possuidor do curso de resgate, auxilie no atendimento da vítima; o militar, com receio de sofrer alguma consequência punitiva, não diz ao Oficial que não possui o curso e passa a auxiliar no atendimento; pode-se imaginar as consequências que a "simples" ostentação indevida do brevê de um curso pode causar.

Alguns diriam que nosso exemplo é exagerado, desproporcional e, ademais, o escopo do tipo penal em estudo é a disciplina e a autoridade militares, e não a saúde pública, a integridade física, enfim, outro bem jurídico que justificasse a intervenção penal. Ocorre que os tipos penais militares, de uma forma ou de outra, tutelam a regularidade das Instituições Militares que, se não garantida em fase preliminar, até mesmo pela tutela da disciplina, da hierarquia e da autoridade, redundará em grave situação, lesionando de forma direta, como no caso do homicídio, ou indireta, como no exemplo supracitado, bens individuais ou transindividuais.

Enxergamos situação análoga na utilização de fardamento completo em bailes de formatura, de debutantes etc. Não impossível de ocorrer, um cadete poderá emprestar seu fardamento para que um civil (seu irmão ou mesmo um amigo) frequente uma festa desse tipo travestido de militar. Nesse caso, a lesão à autoridade militar é presumida, uma vez que aqueles que interagem com o falso militar poderão nele confiar a preservação de alguma situação que lhes seja cara, por exemplo, a manutenção da tranquilidade pública daquele ambiente. Com efeito, embora se trate de um evento divorciado do emprego real em que o militar exerceria sua função, o público em geral sempre terá a sensação de que aquele que enverga a farda pode ser, de fato, um militar. Nesse caso, aquele que ostenta o uniforme será autor do delito, enquanto o militar, que emprestou o fardamento, será partícipe.

O grande problema da hipótese acima ocorre no âmbito estadual, porquanto, bem sabemos, o civil não comete o delito em estudo se se fardar de Policial Militar, dada a incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais. Nessa situação, poderia o militar do Estado ser partícipe do delito se o civil não o cometeu?

Entendemos que não, dada a inegável *acessoriedade da participação*.

A participação, como conclui Bitencourt, em decorrência do estudo do fundamento da punibilidade, "é uma *atividade secundária*, que adere a outra principal. A participação somente se reveste de tipicidade através da norma de extensão reguladora da codelinquência. A acessoriedade da participação, no entanto, não tem navegado em águas tranquilas. Algumas teorias procuram limitar o alcance da participação, destacando-se as teorias da acessoriedade extrema, acessoriedade limitada e acessoriedade mínima"**[1206]**.

A *teoria da acessoriedade extrema* (ou estrita) postula que para que se reconheça a participação há de haver o fato principal em que alguém, considerado autor, pratique uma ação típica, antijurídica e culpável, sendo prescindível no fato principal apenas as causas pessoais de exclusão da pena e os pressupostos processuais**[1207]**. Como se verifica, por essa teoria, que dominou na Alemanha até 1943, se o autor tivesse sua culpabilidade afastada, por qualquer motivo (inimputabilidade, erro de proibição etc.), não restaria responsabilidade

penal ao partícipe do fato.

A *teoria da acessoriedade estrita*, como se pode deduzir, trazia um claro de punibilidade para algumas questões, o que fez com que a doutrina idealizasse a *teoria da acessoriedade limitada*; segundo essa teoria o fato principal, para ter a capacidade de redundar responsabilidade para o partícipe, deveria ser, ao menos, típico e antijurídico.

Por fim, a *teoria da acessoriedade mínima* postula que o fato principal há de ser ao menos típico, não necessariamente antijurídico e culpável. Dessa forma, ainda que a conduta do autor estivesse justificada, o partícipe poderia ser responsabilizado penalmente.

Expostas as teorias, voltemos ao nosso problema.

É de notar que em todas as teorias expostas, no mínimo, exige-se que o fato principal seja típico, o que nos conduz a outro nível de discussão, qual seja, a investigação para averiguar se a impossibilidade de o civil cometer crime militar na esfera estadual é um problema de tipicidade.

A questão, deve-se ressaltar, embora não seja nova, ainda não está navegando em calmas águas.

Postulam alguns, ao menos em exposições verbais, que o civil, em verdade, comete o crime militar na esfera estadual, porém só não pode ser julgado pelas Justiças Militares dos Estados. Essa compreensão conduz o problema para outro degrau de discussão do fato punível, provavelmente para a punibilidade, significando a impossibilidade de se exercer o *jus puniendi* por uma questão processual atrelada à competência. Nessa linha, para o civil nada restaria, enquanto para o militar, que emprestou o fardamento, invocando qualquer das teorias *supra*, mesmo a da acessoriedade estrita, responderia como partícipe do delito.

Ocorre que a compreensão de que o fato praticado por civil é típico para o Código Penal Militar, porém não reprimido por um óbice processual, é vertente perigosa que levaria a um claro de punibilidade inaceitável. Tome-se como exemplo um homicídio praticado contra um Policial Militar por um civil,

que, dentro das circunstâncias exigidas pelo inciso III do art. 9º, com a participação de um outro Policial Militar, traria um vácuo de punibilidade incompreensível. Observe-se que o civil, na esfera estadual, praticaria o delito, mas não poderia ser julgado pela Justiça Militar Estadual, pela previsão do art. 125, § 4º, da CF. Também não poderia, é de notar, o crime ser apreciado pela Justiça Comum, nem pela Justiça Militar Federal, pois, no primeiro caso, não possui, à exceção dos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, conforme já expusemos nos comentários à Parte Geral, competência a Justiça Comum para processar e julgar crimes militares, ao mesmo passo que, no segundo caso, a Justiça Militar Federal possui competência para julgar delitos militares que atinjam bens jurídicos afetos às Forças Armadas, o que não nos parece ter acontecido no exemplo em estudo. Em conclusão, nessa compreensão, seria o militar condenado como partícipe de homicídio, e o civil, verdadeiro executor do crime, não sofreria as consequências penais de seu ato.

Em face do problema apresentado, portanto, a solução mais viável seria trabalhar a questão no campo da tipicidade, entendendo que os tipos penais militares, quando analisados sob o prisma estadual, não admitem a sujeição ativa, mesmo em concurso, de civis. Disso se depreende apenas que não há tipicidade no Código Penal Militar, o que não impede que a conduta do civil seja subsumida por um tipo penal comum.

Assim, retomando a questão do empréstimo de uniforme, não haveria, adotando a premissa de que civil, por uma questão de impossibilidade típica, não comete crime militar na esfera estadual, como responsabilizar o militar que participou do fato se este, em si, não encontra previsão típica no CPM, dado o inegável caráter acessório da participação. Em outras palavras, o fato sofreria repressão penal no âmbito das contravenções penais, nos termos do já citado art. 46 do Decreto-Lei n. 3.688/41.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de usar indevidamente o objeto.

Nesse sentido, se o militar possui a crença fiel de que faz jus ao uniforme, distintivo ou insígnia, o dolo não poderá ser reconhecido. Assim, por exemplo, aquele que crê que a mera habilitação em veículo automotor e o fato

de ter sido escalado como motorista o permitem utilizar o brevê do curso de direção defensiva de veículos policiais, não cometerá o delito por ausência do elemento subjetivo.

Também exclui o dolo a utilização indevida de fardamento por brincadeira (*animus jocandi*). Nessa linha, havendo a utilização por um civil de uniforme das Forças Armadas para frequentar um baile a fantasia, o fato não será típico por falta do elemento subjetivo. Obviamente, não sendo o fato típico, não há falar, como expusemos acima, em participação daquele que emprestou o uniforme ao civil.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor usa uniforme, distintivo ou insígnia a que não faz jus, independentemente de ele, se civil, praticar ou não ato passando-se por militar ou, se militar, praticar ato especificamente respaldado por curso, estágio, classificação em Unidade, função, representados pelo distintivo ou insígnia, bastando, como no tipo anterior, a demonstração de que sua conduta era capaz de confundir os que com ele eventualmente interagissem, gerando, portanto, risco à disciplina e à autoridade militares (*crime de perigo concreto*).

• **Tentativa:** não é possível em vista de ser delito unissubsistente.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** no caso da prática por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

Em caso do cometimento por civil (na esfera federal) ou por inativo, a complementação deve ser buscada nas alíneas do inciso III do mesmo artigo, lembrando que deve o agente, neste caso, querer atentar contra a própria Instituição Militar[1208].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

6.7. Abuso de requisição militar

• **Tipo legal**

Art. 173. Abusar do direito de requisição militar, excedendo os poderes conferidos ou recusando cumprir dever imposto em lei:

Pena – detenção, de um a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** macula a autoridade militar, pois esta foi usada indevidamente e sua imagem sai atingida pelo mau exercício, assim como a disciplina militar, tendo em vista que esse desvio de comportamento perturba a regularidade necessária à Instituição Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar (federal ou estadual), desde que em serviço ativo.

Deve-se reparar que, embora o tipo não grafe expressamente a palavra "militar", ao utilizar a expressão "direito de requisição militar" limita a sujeição ativa àquele que esteja desempenhando função na Administração Militar que lhe confira a prerrogativa de, observadas as premissas legais e regulamentares, requisitar bens ou serviços de um particular, o que exclui a possibilidade de o civil cometer, propriamente, este delito.

Da mesma forma, a expressão *suso* leva à impossibilidade de o inativo, exceto se equiparado a militar da ativa (art. 12 do CPM), perpetrar o delito, porquanto não possui ele função na Administração Militar que lhe confira a prerrogativa de requisitar.

Militar inativo e civil**[1209]** podem, por outro lado, perpetrar este delito se em concurso com um militar da ativa, quando a circunstância pessoal de ser militar da ativa, exigida para a configuração do delito, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM).

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** a *requisição* (civil ou militar**[1210]**) é uma das formas de intervenção da Administração Pública sobre a propriedade particular

e “pode apresentar-se sob diferentes modalidades, incidindo ora sobre bens, móveis ou imóveis, ora sobre serviços, identificando-se, às vezes, com a ocupação temporária e assemelhando-se, em outras, à desapropriação; é forma de limitação à propriedade privada e de intervenção no domínio econômico; justifica-se em tempo de paz ou de guerra”**[1211]**. É procedimento unilateral dotado de auto-executoriedade, o que significa que independe da concordância do particular afetado e de prévia autorização do Poder Judiciário. Exige-se, entretanto, a situação excepcional que justifique a urgência em requisitar, caracterizada por um iminente perigo público, isso quando a requisição recair sobre bens, nos termos do art. 5º, XXV, da Carta Magna, que dá amparo constitucional à requisição, postulando alguns autores que não se exige tal situação (iminente perigo público) quando o objeto da requisição for *serviços***[1212]**. Obviamente, aquele afetado pela requisição fará jus a indenização, podendo, em caso de negativa da Administração, buscar a tutela jurisdicional.

A requisição (civil ou militar), ademais, é ato discricionário quanto ao objeto e à oportunidade da medida e “vinculado à lei quanto à competência da autoridade requisitante, à finalidade do ato e, quando for o caso, ao procedimento adequado”**[1213]**. Dessa forma, possível notar que o abuso na prerrogativa de requisitar será muito mais sensível em seus requisitos de validade vinculados à lei, ou seja, competência, finalidade e forma, esta somente quando a lei exigir forma determinada.

No que concerne às normas que regulam as requisições, impõe-se esclarecer que a União possui competência privativa para legislar sobre requisições, civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra.

A legislação acerca das requisições é muito antiga e esparsa, sendo conveniente que seja editado novo instrumento legislativo (lei ordinária, conforme inteligência do art. 22, III, da CF) para trazer ao assunto os aspectos atuais.

No que concerne às *requisições militares*, às quais o tipo penal estudado se restringe, deve-se buscar a normatização em tempo de paz, porquanto estudam-se os crimes militares em tempo de paz. Encontramos a regulação do

direito de requisição militar, primeiro, na Lei n. 4.263, de 14 de janeiro de 1921, cujo Regulamento foi aprovado pelo Decreto n. 17.859, de 21 de julho de 1927. As regras principais para o exercício do direito de requisição estão nesse Regulamento, dentre as quais podemos destacar:

a) a requisição deve ficar limitada ao que for indispensável para completar os meios de aprovisionamento e transporte das forças armadas de terra ou mar, quando total ou parcialmente mobilizadas, em virtude do estado de guerra ou em consequência de comoção intestina e estado de sítio (art. 2º do Decreto em relevo);

b) há forma definida para o exercício do direito de requisição, a saber, forma escrita, em duas vias, assinadas pelo requisitante, com a declaração do posto, cargo, qualidade ou função que lhe confere o direito de fazê-la, sendo obrigatório dar ao requisitado recibo das coisas por ele entregues (arts. 4º e 5º do referido Decreto);

c) há a definição daqueles que podem exercer o direito de requisição, dividindo-se em *competentes de pleno direito* e *competentes por delegação* dos que têm pleno direito (art. 9º do Decreto apontado); possuem competência de pleno direito, devendo fazer as adaptações para os cargos atuais, o Ministro da Guerra, o General Comandante em Chefe e os generais que comandam nos diversos teatros de operações, os comandantes de região ou circunscrição militar e os comandantes das grandes Unidades, em tempo de guerra; por delegação, possuem competência os diretores dos Serviços do Ministério da Guerra, os Chefes de Estado-Maior e os chefes dos serviços dos respectivos quartéis-generais, os intendentes de guerra, chefes de serviço, os oficiais de aprovisionamento e os comandantes de unidades ou destacamentos isolados, em caso de necessidade urgente;

d) a delegação do exercício do direito de requisição, nos termos do art. 10 do Decreto supracitado, é materializada pela entrega, pela autoridade delegante à autoridade delegada, de um ou mais talões de requisições, cujo modelo está em anexo ao decreto, e, na falta desses talões, de uma ordem escrita.

Curioso ressaltar que a doutrina administrativista, ao citar as normas que regem as requisições, não dá muita atenção às requisições militares, porém, cita como referência o Decreto-Lei n. 4.812, de 8 de outubro de 1942. Todavia, os autores, ao se referirem a esse instrumento normativo, o definem como aquele que trata das requisições, civis e militares, em tempo de guerra**[1214]**, o que não nos parece estar cristalino. Com efeito, o aludido diploma versa sobre requisições militares, mas não cita apenas o estado de guerra como uma condicionante, e sem, também, a defesa da segurança nacional. Nesse sentido, dispõe o seu art. 2º: "É permitida a requisição do que for indispensável ao aprestamento, aprovisionamento e transporte das forças armadas de terra, mar e ar**[1215]**, quando empenhadas em operações de guerra ou de defesa da segurança nacional". Fala-se, ainda, na salvaguarda do Estado como motivadora da requisição (art. 3º). Portanto, como se vê, o instrumento em relevo também dispõe sobre requisições fora do período de guerra, desde que se vincule à defesa da segurança nacional ou à salvaguarda do Estado. Essa realidade leva à conclusão de que algumas circunstâncias em que a requisição seja necessária serão regidas por este diploma, e não pela Lei n. 4.263/21, com seu consequente Regulamento.

Seja como for, cumpre esclarecer que os requisitos para a requisição nas duas realidades normativas se identificam. É dizer que o Decreto-Lei n. 4.812/42 também limita a requisição ao estritamente indispensável para a tropa (art. 2º) e exige a forma escrita com recibo entregue ao requisitado (arts. 8º e 9º). Há uma pequena alteração no que concerne à competência para requisitar, porquanto o art. 12 do referido Decreto dispõe que o direito de requisitar será exercido pelos Ministros de Estado dos Negócios da Guerra, da Marinha, da Aeronáutica, da Justiça e Negócios Interiores ou pessoas que as representem com poderes expressos, abrindo mão da forma de delegação.

Anote-se, ademais, que as duas realidades normativas acima contêm disposições penais que, de forma direta ou indireta, pela remissão ao Código Penal Militar, consideram criminosa a conduta daquele que não observa alguns dos elementos exigidos para o exercício do direito de requisição. Todavia, como notará o leitor, o atual diploma penal militar é ulterior à idealização dos instrumentos normativos expostos, o que nos leva à conclusão de que, seja qual

for a realidade adotada, o CPM revogou as disposições penais dos diplomas supracitados.

Por fim, consignamos que o instituto da requisição militar, embora busque possibilitar o exercício de missões das tropas em face da falta de infraestrutura das instituições militares, não é corriqueiramente utilizado, pois são cada vez mais raras as necessidades de sua incidência. Por outro lado, é pertinente a manutenção desse instituto como uma via possível, especialmente se falando de tropa que, quase com exclusividade, atua em situações de colapso social.

Feitas as breves considerações acerca das normas de requisição**[1216]**, voltemos ao estudo do tipo penal em si.

Abusar implica *exceder*, *passar do limite legal*, *usar mal* o direito de requisição. Sabidamente, essa previsão vincula-se ao princípio da legalidade para a Administração Pública em geral, grafado no *caput* do art. 37 da Carta Magna, segundo o qual aquele que representa a Administração só pode fazer o que a lei permite. Diferente, observe-se, o princípio da legalidade para o particular, que está limitado pelo princípio da autonomia da vontade, representado no inciso II do art. 5º, também da Lei Maior, segundo o qual o cidadão pode fazer tudo o que a lei não proíbe (vinculação negativa).

Dessa forma, o abuso no direito de requisição consiste no ato de extrapolar as condicionantes trazidas pela normatização acima. Assim, por exemplo, estaria abusando do direito de requisição o militar que não a fizesse por escrito, sabendo que tem essa obrigação; o militar que se recusasse a passar recibo do que foi entregue pelo requisitado; o militar que requisitasse sem possuir atribuição para tanto (originária ou delegada); o militar que requisita bens supérfluos, não indispensáveis ao aprovisionamento da tropa etc. Obviamente, em casos extremos de iminente perigo público, certas formalidades não poderão, pelo estado emergencial, ser observadas, o que afastará a responsabilização penal do agente por excludente de ilicitude, especialmente o estado de necessidade justificante, previsto no art. 43 do CPM.

- **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e

consciente de praticar as condutas descritas.

Obviamente, se o agente desconhece os deveres e as formalidades impostos pelas normas afetas ao assunto, não há falar em dolo, afastando-se, por consequência, o delito.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor tira da esfera de vigilância do proprietário a parcela ou a coisa de que não precisa, quando requisita o serviço ou quando se nega a cumprir a imposição de lei ou regulamento de lei, por exemplo, emitir o recibo daquilo que retirou de terceiro.

• **Tentativa:** seria possível no caso da requisição excessiva (de bens ou serviços), em que a notificação escrita, enviada pela autoridade e conduzida por interposta pessoa, fosse interceptada antes de chegar ao seu destino.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1217].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

6.8. Rigor excessivo

• **Tipo legal**

Art. 174. Exceder a faculdade de punir o subordinado, fazendo-o com rigor não permitido, ou ofendendo-o por palavra, ato ou escrito:

Pena – suspensão do exercício do posto, por dois a seis meses, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** tutela-se pelo tipo penal a autoridade militar daquele que exercita mal seu poder e perde ascendência sobre seus

subordinados, assim como a disciplina militar, atingida pela quebra da relação funcional sadia entre as partes.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o superior, hierárquico ou funcional (nos termos do art. 24 do CPM), exigindo-se ainda que ele tenha ascendência disciplinar que resulte em poder de punir um subordinado.

A utilização do termo "subordinado" exclui, de pronto, a sujeição ativa por civil, porquanto somente os militares possuem superiores e subordinados, segundo o exigido pelo Código Penal Militar.

Embora o tipo não use expressamente a palavra "militar", há a presunção de que o sujeito ativo tem o poder de punir o subordinado, excluindo-se também da sujeição ativa a figura do militar que não pertença mais ao serviço ativo das instituições militares, porquanto não possuem eles poder disciplinar sobre outros militares. Obviamente, a exclusão do inativo não ocorrerá se ele estiver sendo empregado de forma regular na Administração Militar, quando poderá haver construção que lhe confira poder de punir a um subordinado.

Também neste tipo penal a análise do preceito secundário conduz à interpretação de que o superior capaz de praticar o delito há de ser Oficial, não havendo subsunção para o fato se o autor for Praça ou Praça Especial. Com efeito, embora o preceito primário não deixe tal situação clara, a pena do delito, ao ser fixada em *suspensão do exercício do posto por dois a seis meses*, atrela o cometimento do delito aos Oficiais, já que somente eles possuem *posto*. Ademais, a previsão do delito alinha-se aos postulados trazidos pelos Regulamentos Disciplinares que, em sua totalidade, no Brasil, conferem o poder de punir apenas a Oficiais, geralmente ocupantes de funções, no mínimo, de Capitão.

O militar que seja Praça (especial ou não), o inativo ou mesmo o civil[1218] podem perpetrar este delito se em concurso com um militar da ativa com poder disciplinar para punir o subordinado, quando a circunstância pessoal de ser *superior com atribuição para punir*, que é elementar do tipo, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM). No concurso, no entanto, somente será possível a participação, por tratar-se de crime de mão própria.

O sujeito passivo imediato, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar. Já o sujeito ativo mediato é o militar punido.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "exceder", que significa passar do limite legal, ultrapassar a possibilidade técnica trazida pela lei ou regulamento.

Como já esboçamos, em razão de o excesso se verificar no ato de punir, o autor deve ser necessariamente alguém que possua atribuição para punir seus subordinados no campo disciplinar, circunstância delimitada por lei ou regulamento fomentado por uma lei.

À guisa de exemplo, tomemos o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar Paulista (Lei Complementar n. 893, de 9-3-2001), que restringe essa possibilidade legal ao Oficial de posto igual ou superior ao de Capitão, ou àquele que, embora detentor de posto inferior, esteja em funções referentes aos postos de Capitão a Coronel. Assim, somente quem estiver na função de Capitão ou de Oficial de posto superior é que pode exceder no ato de punir seus subordinados.

Necessário esclarecer que a expressão "faculdade de punir o subordinado" deve ser tomada em uma acepção mais abrangente – o que não significará interpretação extensiva, mas compreensão do significado trazido pela Lei –, incluindo não somente a primeira autoridade disciplinar que impõe a sanção disciplinar, mas também aquela que, tomando por base uma punição imposta, a agrava de forma exacerbada. Essa compreensão deve-se ao entendimento de que o ato de punir é, em sua quase totalidade, um ato administrativo complexo que exige, para ter seu termo, não só a imposição da sanção, mas, também, a anuência de uma autoridade superior que, nesse momento, poderá não concordar com a dosimetria e agravar a punição. Vários são os detalhes que podem ser consignados acerca dos momentos do ato punitivo, o que seria interessante se nos detivéssemos nesta obra ao Direito Administrativo Disciplinar Militar, bastando ao nosso escopo que firmemos o entendimento de que o excesso criminoso poderá ocorrer não só por aquele que impõe o corretivo em fase inicial como ainda por aquele que, em segundo momento, agrava a sanção aplicada.

O excesso pode verificar-se de três formas: a primeira delas é

impondo ao subordinado uma sanção não prevista no Regulamento Disciplinar, por exemplo, número de dias de recolhimento acima do máximo legal, ou, ainda, mandar, como pena disciplinar, o subordinado confeccionar os trabalhos da faculdade que o Oficial cursa; o excesso pode ainda consistir na imposição de condições subumanas no período de execução da sanção disciplinar, como limitação de locomoção, falta de água ou alimentação, seja porque não há banheiro no local ou não há água corrente etc.; seria ainda excesso ofender o subordinado por palavras (impropérios), atos (gestos ofensivos) ou escrito, isso tanto no documento formal de punição (geralmente chamado de planilha de enquadramento disciplinar, nota de corretivo ou nota de punição), ao motivar sua decisão, ofendendo, assim, por escrito o subordinado, como também face a face, por exemplo, no momento em que o Oficial divulga a punição à tropa e, ao ler o enquadramento, começa a comentá-lo, inflamando-se em seu discurso e ofendendo seu subordinado por palavra ou ato.

Não haverá o delito nos casos de prisões administrativas que não se consubstanciem em punição disciplinar, como no recolhimento disciplinar previsto no art. 26 da Lei Complementar n. 893, de 9 de março de 2001 (Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo). Caso haja excesso no recolhimento, no entanto, outro delito pode configurar-se, por exemplo, o constrangimento ilegal, a injúria ou a difamação.

Também há que se lembrar que o crime em estudo é subsidiário, sendo absorvido por delito mais grave se verificado, conforme se denota da análise do preceito secundário que consigna a expressão *se o fato não constitui crime mais grave*. Assim, se do excesso praticado pelo agente resultar lesão corporal, ou mesmo morte, do sujeito passivo mediato, os delitos de lesão corporal ou de homicídio hão de absorver o crime previsto no art. 174 do CPM.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de atacar seu subordinado mediante a aplicação de punição excessiva ou ilegal.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor publica a punição indevida ou quando ofende seu subordinado por palavra ou ato, ou, ainda, quando lhe impõe o cumprimento do corretivo em local incompatível com a

sobrevivência humana digna.

• **Tentativa:** é possível na primeira modalidade, no caso de a infração ter sido praticada por escrito, enviada à publicação e interceptada por motivos alheios à vontade do acusado, ou ainda no caso de o rigor excessivo ter sido determinado, mas impedido no momento da execução.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, especificamente os Oficiais dotados de atribuição disciplinar para punir, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial**[1219]**.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

6.9. Violência contra inferior

• **Tipo legal**

Art. 175. Praticar violência contra inferior:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

Resultado mais grave

Parágrafo único. Se da violência resulta lesão corporal ou morte é também aplicada a pena do crime contra a pessoa, atendendo-se, quando for o caso, ao disposto no art. 159.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal em foco visa tutelar a autoridade que é lesada quando o superior pratica violência contra seu subordinado, uma vez que sua ascendência sobre ele e tantos outros que conhecerem o fato estará sensivelmente prejudicada depois desse evento. A disciplina igualmente será atingida com a conduta, pois a estética militar terá um de seus elos quebrados.

Subsidiariamente, protege-se também a integridade física do ofendido.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o superior hierárquico ou funcional (este por compreensão do art. 24 do CPM), o que restringe o cometimento do delito ao militar, federal ou dos Estados.

Não se utilizou o legislador da expressão “militar”, mas sim do termo “inferior”, significando que o delito pode ser perpetrado por militares da ativa ou inativos, desde que contra um inferior. Nessa construção, o militar inativo**[1220]** poderá perpetrar este delito, exceto na compreensão de superior funcional, porquanto não está ele, em inatividade, no desempenho de função, ressalva feita se estiver sendo empregado na Administração Militar, conforme expõe o art. 12 do Código Castrense. Deve-se, ademais, verificar que para o inativo, não equiparado a militar da ativa, cometer este delito, devem incidir também as circunstâncias do inciso III do art. 9º, já estudadas na Parte Geral.

Qualquer pessoa, à exceção, pode perpetrar este delito se em concurso com um militar superior ao sujeito passivo, quando a circunstância pessoal “superior” (hierárquico ou funcional), que é implicitamente uma elementar do tipo, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM)**[1221]**.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar. Há o sujeito passivo mediato, personificado no inferior que sofreu a violência.

• **Elementos objetivos:** a conduta cinge-se à prática de violência contra inferior hierárquico ou funcional.

Já estudamos, por mais de uma ocasião, o significado para o CPM do termo *violência*, sendo possível afirmar que toda vez que a lei se utiliza dessa palavra quer significar a agressão de ordem exclusivamente física. Portanto, nesta previsão, o superior hierárquico ataca fisicamente o seu subordinado, respondendo ele por este delito mesmo que a agressão não deixe qualquer vestígio.

Por outro bordo, caso resulte da agressão lesão corporal ou mesmo a morte do sujeito passivo mediato, teremos o cúmulo material das penas.

Conforme já dispusemos ao comentar o resultado lesão corporal na violência contra superior (§ 3º do art. 157 do CPM), em verdade a regra trazida pelo parágrafo único – que unifica a premissa tanto para a lesão corporal como para o resultado morte, o que não se verifica na violência contra superior, visto que o resultado morte qualifica o delito —, trata-se de uma regra que objetiva o concurso formal dos crimes de violência contra inferior e o de lesão corporal ou de homicídio; porém, aqui também há uma regra própria, diversa daquela estipulada pelo art. 79 do CPM, impondo sempre o cúmulo material, ainda que se trate de espécies diversas, o que deflui da análise da palavra "também", que indica soma, afastando-se, pois, a exasperação. É de notar que se fôssemos aplicar a regra do art. 79 no crime de violência contra inferior que resultasse em morte, teríamos, para o primeiro fato, a pena de detenção e, para o segundo, ainda que homicídio simples, a pena de reclusão, portanto, penas de espécies diversas que deveriam, pela regra do concurso de crimes, ser unificadas pela exasperação, e não pela simples soma.

Aproveitam-se também ao tipo penal militar em estudo os comentários feitos ao art. 159, uma vez que, por imposição do parágrafo único do art. 175, aquele dispositivo deve, quando for o caso, ser atendido. Como exemplo, temos o caso do superior que dá um soco em seu subordinado por uma discussão sobre questão qualquer, vindo este a cair ao solo, falecendo em razão de ter batido sua cabeça contra o meio-fio.

Destaque-se, por fim, que o art. 42 do CPM exclui o crime quando o "comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque". A exclusão da antijuridicidade aqui está calcada na iminência de perigo ou grave calamidade.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de investir fisicamente contra o subordinado (inferior hierárquico ou funcional).

É importante frisar que neste delito a ação incriminada é a violência empregada contra o inferior, não importando o resultado, que pode somente

qualificar o delito. Dessarte, a condição de inferior *deve ser conhecida pelo agente* ou, de outra forma, não haverá conformação típica subjetiva, desconstituindo-se, esta infração, por ausência do elemento subjetivo (inciso I do art. 47 do CPM). Na verdade, à letra da lei penal militar, estaria afastada a própria tipicidade objetiva ("deixam de ser elementos constitutivos do crime"), mas preferimos entender que há a afetação do dolo.

O mesmo art. 47 do CPM possui outra causa excludente do elemento subjetivo, especificamente em seu inciso II, que dispõe não se configurar elementar do tipo "a qualidade de superior ou *a de inferior*, a de oficial de dia, de serviço ou de quarto, ou a de sentinela, vigia, ou plantão, quando a ação é praticada em repulsa a agressão".

Como já afirmamos, deve-se entender que a "agressão" grafada pelo tipo não compreende apenas a física, mas também a moral. Note-se, ademais, que a agressão exigida para conformar o tipo descrito não necessariamente é injusta. Ocorre que, se injusta a agressão, a atitude do sujeito ativo da conduta descrita como violência contra inferior poderá estar, se dentro dos parâmetros da proporcionalidade, amparada por excludente de antijuridicidade, a saber, a legítima defesa. Por outra trilha, caso seja a agressão justa, não haverá a exclusão da antijuridicidade, mas afastar-se-á o dolo de violência contra superior, o que não significa dizer que outro crime, como a lesão corporal, não possa subsumir o fato.

Para maior compreensão de nossa construção, rogamos ao leitor que verifique os comentários feitos ao elemento subjetivo do delito capitulado no art. 157 do CPM.

Não há que se reconhecer também o elemento subjetivo quando o agressor busca atingir a pessoa, e não a figura do inferior. Assim, por exemplo, inexiste dolo de violência contra inferior no ato de o pai, Coronel PM, agredir o filho, aluno Oficial PM, com ânimo de correção; da mesma forma, na agressão entre cônjuges, em que, por motivos afetos à relação conjugal, o superior agride o subordinado.

No que pertine, ainda, à compreensão do elemento subjetivo, o estudo do dolo e sua prova, nos autos do processo, torna-se de importância ímpar na

comparação do delito de violência contra inferior, com resultado lesão ou morte e os delitos de lesão corporal e de homicídio. Recorramos, mais uma vez, ao exemplo: um militar que deseja matar outro militar, sem com isso querer abusar de sua autoridade de superior da vítima, estará em prática de homicídio, que pode ou não ser qualificado; de outro lado, aquele que quer agredir o inferior e, com essa intenção desde o início, progride no sentido de desejar posteriormente sua morte, ao consumá-la, estará em prática de violência contra inferior em concurso formal com o delito de homicídio, com a regra do cúmulo material das penas de ambos os delitos, nos termos do parágrafo único do art. 175 do CPM.

Por fim, a exemplo da violência contra superior, deve-se frisar que a embriaguez voluntária não afasta o elemento subjetivo do tipo em estudo.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor atinge o subordinado fisicamente.

• **Tentativa:** é possível no caso de o autor investir fisicamente contra seu subordinado, sendo impedido por um terceiro.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares, da ativa ou em inatividade (exceto os da reserva não remunerada), para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, devem-se verificar os incisos I ou III, ambos do art. 9º do CPM, conforme o caso, que trarão ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial**[1222]**.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

6.10. Ofensa aviltante a inferior

• **Tipo legal**

Art. 176. Ofender inferior, mediante ato de violência que, por natureza ou pelo meio empregado, se considere aviltante:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

• **Objetividade jurídica:** assim como na violência contra inferior, o tipo penal protege a autoridade e a disciplina militares, bem como a integridade física do ofendido e sua honra.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o superior hierárquico ou funcional (este por compreensão do art. 24 do CPM), o que restringe o cometimento do delito ao militar, federal ou dos Estados.

Aqui também não se utilizou o legislador da expressão “militar”, mas sim do termo “inferior”, significando que o delito pode ser perpetrado por militares da ativa ou inativos, desde que contra um inferior. Nessa construção, o militar inativo[1223] poderá perpetrar este delito, exceto na compreensão de superior funcional, porquanto não está ele, em inatividade, no desempenho de função, ressalva feita se estiver sendo empregado na Administração Militar, conforme expõe o art. 12 do Código Castrense. Deve-se, ademais, verificar que para o inativo, não equiparado a militar da ativa, cometer este delito, devem incidir também as circunstâncias do inciso III do art. 9º, já estudadas na Parte Geral.

Qualquer pessoa, à exceção, pode perpetrar este delito se em concurso com um militar superior ao sujeito passivo, quando a circunstância pessoal “superior” (hierárquico ou funcional), que é implicitamente uma elementar do tipo, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM)[1224].

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar. Há o sujeito passivo mediato, personificado no inferior que sofreu a conduta delitiva.

• **Elementos objetivos:** a conduta em si é idêntica àquela tipificada no delito de violência contra inferior. Ocorre, todavia, que aqui o tipo de agressão é humilhante, afronta a honra do ofendido, inferioriza, desvaloriza, ataca a dignidade (atributos morais) e/ou o decoro (atributos físicos e intelectuais), além

de lhe atingir a integridade física. São exemplos: bater no rosto do inferior com luvas; com uma sandália de borracha na mão, bater nas nádegas do inferior, colocando-o como se criança fosse; puxar as orelhas do subordinado; despir o subordinado diante de todos; imobilizar o subordinado para que outrem lhe cuspa no rosto**[1225]**; desferir golpe de rebenque com o intuito de humilhar o subordinado**[1226]**; dar um tapa no rosto do subordinado acompanhado de comentários e realizado de forma tal que dê a conotação de subjugo de um pelo outro; em síntese, são investidas físicas com objetivo moral.

É irrelevante o local dos fatos e se as partes estão ou não uniformizadas.

Deve-se ter em foco que os atos configuradores de ofensa aviltante são os mesmos caracterizadores da injúria real. Nesse sentido, pode-se firmar que a diferenciação entre os delitos repousa, inicialmente, na questão objetiva de haver um superior contra um inferior na ofensa aviltante, enquanto a injúria real não exige qualidades específicas dos sujeitos ativo e passivo. Ademais, outro ponto de diferenciação está no aspecto subjetivo da tipicidade, como abaixo aduziremos.

Por fim, no caso de advir lesão corporal ou morte, os parâmetros para a caracterização do delito com a consequente imposição da pena obedecerão aos moldes da violência contra inferior, conforme dispõe o parágrafo único do art. 176 do CPM.

• **Elemento subjetivo:** no delito em estudo, exige-se a caracterização da vontade guiada por dois vetores: primeiro, o desejo de aviltar, humilhar, vulnerando moralmente o inferior, utilizando-se de meio violento (violência física); há que reconhecer também o desejo de avilte direcionado a um inferior hierárquico ou funcional. Exige-se, portanto, um dolo específico (na atual compreensão doutrinária, um elemento subjetivo específico do tipo) para a configuração do crime.

Por essa compreensão, não se reconhecendo a vontade de utilizar a violência como meio de aviltar o inferior, e sim como fim – ou seja, a violência é o fim almejado pelo autor –, estaremos diante do delito capitulado no art. 175, e não diante de hipótese de ofensa aviltante.

A linha traçada, ademais, permite excluir o delito, assim como no caso de violência contra superior, quando a relação superior-inferior estiver fora da cognição ou da vontade do agente, como nos casos das já mencionadas hipóteses dos incisos do art. 47 do CPM e da relação entre pai e filho, entre cônjuges etc. Eventualmente, afastada a elementar "inferior", poderá ocorrer hipótese de injúria real, capitulada no art. 217 do Código Castrense.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor atinge o subordinado fisicamente por conduta que o ofenda.

• **Tentativa:** é possível no caso de o autor investir fisicamente contra seu subordinado e ser impedido por terceiro.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares, da ativa ou em inatividade (exceto os da reserva não remunerada), para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, devem-se verificar os incisos I ou III, ambos do art. 9º do CPM, conforme o caso, que trarão ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial[1227].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

7. DA RESISTÊNCIA

7.1. Resistência mediante ameaça ou violência

• **Tipo legal**

Art. 177. Opor-se à execução de ato legal, mediante ameaça ou violência ao executor, ou a quem esteja prestando auxílio:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Forma qualificada

§ 1º Se o ato não se executa em razão da resistência:

Pena – reclusão de dois a quatro anos.

Cumulação de penas

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência, ou ao fato que constitua crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal protege a disciplina militar, perturbada pelo ímpeto de não se submeter ao ato legal. Tutela-se também a autoridade daquele que executa ou tenta executar o ato legal ao qual o agente se opõe.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa, civil ou militar.

No caso de sujeição ativa de um civil, deve-se frisar que somente será possível a ocorrência do delito em âmbito federal. Do contrário, caso a resistência ocorra contra ato de autoridade militar estadual, a tipificação deverá ser buscada na legislação penal comum, especificamente no art. 329 do CP comum.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar, e, eventualmente, o executor ou aquele que o auxilia na execução do ato legal (sujeito passivo mediato).

• **Elementos objetivos:** para satisfazer os elementos típicos o autor deve opor-se à execução de ato legal. *Opor-se à execução* significa tentar obstar a realização, buscar fazer com que o ato legal não se realize.

Essa obstrução, todavia, deve ocorrer com o emprego de violência (física) ou ameaça ("violência moral") ao executor (ou quem o auxilie). Caso não haja violência ou ameaça na oposição ao ato legal, não haverá, por atipicidade, o delito em estudo, constituindo o que se denomina resistência

passiva. Como exemplo cite-se o militar que algeme a si próprio em um poste de iluminação com o escopo de evitar a sua prisão em flagrante por outro delito. Ademais, a violência deve ser dirigida à pessoa, afastando-se, portanto, a violência contra coisa. Nesse contexto, não se configurará a resistência, por exemplo, se o autor dirigir sua conduta para o veículo do executor.

Ato legal constitui toda e qualquer atitude adotada pela Administração Militar com respaldo na legislação em geral. Normalmente manifesta-se pela emissão de uma determinação, uma ordem legal por parte daquele incumbido de fazer valer a vontade da Administração Militar (executor). Dessa forma, o ato, como todo ato administrativo, para ser considerado legal, deve obedecer aos requisitos ou pressupostos de validade, como já estudamos acima (competência, finalidade, forma, motivo e objeto – *vide* comentários à legalidade da ordem no crime de recusa de obediência – art. 163 do CPM).

Há no tipo em estudo a forma qualificada se, em razão da oposição mediante violência ou ameaça, o ato legal não for executado. Evidentemente, se o ato legal não é executado, o prejuízo aos bens jurídicos tutelados será maior, o que implica maior reprovação da conduta, justificando assim a modalidade qualificada prevista.

Também há cúmulo material de penas da resistência com a de eventual delito dela resultante, por exemplo, o homicídio, a lesão corporal, o desacato a superior, enfim, crime, como rotula o próprio CPM, mais grave. Note-se que em relação ao crime mais grave, diferentemente de alguns tipos já estudados, não é trazida pela lei uma relação de subsidiariedade, e sim o concurso de delitos com regra do cúmulo material. Caso desejasse que a resistência fosse delito subsidiário ao, por exemplo, desacato a superior, a lei penal militar traria a expressão “se o fato não constitui crime mais grave”, e não teria determinado que a pena da resistência fosse aplicada “sem prejuízo das correspondentes” ao fato que constitua crime mais grave.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de, usando de violência ou ameaça, opor-se à execução de ato legal.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor usa violência física contra o executor da ordem ou quem lhe esteja auxiliando ou, ainda, lhe

promove ameaça.

• **Tentativa:** possível no caso de o autor investir fisicamente contra o executor da ordem ou seu auxiliar, não chegando a atingi-lo por questões alheias à sua vontade. Também é imaginável que a ameaça por escrito possa ser interceptada antes de chegar ao conhecimento do executor do ato legal, configurando-se, pois, forma tentada.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para a completa compreensão da tipicidade deste delito, quando praticado por militar em situação de atividade, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, complementando a tipicidade com uma das alíneas consignadas no inciso, geralmente a alínea *a*, que subsume fato praticado por militar da ativa contra militar na mesma situação. A complementação, pelo inciso II, de notar, deve-se ao fato de o tipo penal em estudo possuir semelhante previsão no Código Penal comum, especificamente no art. 329.

Em caso do cometimento por civil (na esfera federal) ou por inativo, a complementação deve ser buscada nas alíneas do inciso III do mesmo artigo, lembrando que deve o agente, neste caso, querer atentar contra a própria Instituição Militar[1228].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

8. DA FUGA, EVASÃO, ARREBATAMENTO E AMOTINAMENTO DE PRESOS

8.1. Fuga de preso ou internado

• **Tipo legal**

Art. 178. Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Formas qualificadas

§ 1º Se o crime é praticado a mão armada ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

§ 2º Se há emprego de violência contra pessoa, aplica-se também a pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é praticado por pessoa sob cuja guarda, custódia ou condução está o preso ou internado:

Pena – reclusão, até quatro anos.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal tutela a autoridade militar personificada no Comandante do presídio, Comandante de Unidade encarregada da escolta ou de quem os represente, porquanto as prisões militares constituem Unidades regularmente previstas na organização das Instituições Militares.

Curioso notar que o delito correspondente no Código Penal comum (art. 351) – assim como os demais que o seguem, tratando da evasão, do arrebatamento ou do amotinamento de presos – possui outra objetividade jurídica, visto que está capitulado entre os crimes contra a Administração da Justiça, enquanto o crime militar em análise está incluído nos crimes contra a autoridade ou disciplina militares.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa, civil ou militar.

No caso de sujeição ativa de um civil, deve-se frisar que somente será possível a ocorrência do delito em âmbito federal. Do contrário, caso a fuga ocorra em estabelecimento prisional militar estadual, ou quando o favorecido estiver sob a guarda de autoridade militar estadual, a tipificação deverá ser

buscada na legislação penal comum, especificamente no art. 351 do CP comum.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta em questão são "promover" ou "facilitar" a fuga de preso ou internado.

Promoção de fuga significa originar, iniciar, causar ou provocar a fuga de preso ou internado. Já na *facilitação*, embora o agente não seja o desencadeador do plano de fuga, toma parte no esquema montado, favorecendo-a, tornando-a fácil, facultando-a, por exemplo, pela remoção de obstáculo. Como muito bem anota Mirabete, na segunda modalidade a iniciativa é do favorecido, ao que adere o agente, "auxiliando-o com instrumentos, meios de disfarces, informações etc."**[1229]**, ou mesmo se omitindo quando se tem o dever de obstar a fuga.

É de notar que o tipo penal fala em pessoa presa ou submetida a medida de segurança detentiva, levando à conclusão de que o favorecido deve estar sob jurisdição de autoridade judiciária. Em outras palavras, somente é elemento típico a prisão por crime (provisória ou definitiva) e a prisão civil por dívida nas exceções permitidas pela Constituição Federal (não pagamento de prestação alimentícia e depositário infiel**[1230]**), excluindo-se, pois, o delito em estudo se a promoção ou favorecimento for de uma fuga de militar preso**[1231]**, por força de previsão disciplinar, podendo, no entanto, haver a prática de outro delito, a exemplo daquele capitulado no § 2º do art. 308 do CPM.

Ainda acerca da prisão, tenha-se em foco que deve ser ela legal, pois, caso contrário, a promoção ou facilitação da fuga deixa de caracterizar o crime em estudo.

Por medida de segurança detentiva, nos termos do art. 110 do CPM, deve-se ter "a internação em manicômio judiciário e a internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou ao estabelecimento penal, ou em seção especial de um ou de outro". Pacífico na doutrina que, com o advento da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), as figuras do estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio e do próprio

manicômio judiciário foram extintas, ao menos formalmente, porquanto afirmam alguns ter havido apenas a mudança de nome do espaço físico que ainda possui tétricas características. Deve-se hoje falar, portanto, em internação em *hospital de custódia e tratamento psiquiátrico*, ou, caso não exista, em outro estabelecimento adequado.

Em caso de fuga de estabelecimentos prisionais já se firmou posição, inclusive com matéria sumulada**[1232]**, de que somente haverá o delito em estudo quando o fato for praticado em estabelecimento militar, ou seja, em presídios militares ou mesmo Unidades com instalações prisionais. Dessa forma também entendeu o Supremo Tribunal Federal, como lembra Célio Lobão, ao sancionar Parecer da Procuradoria Geral da República (*RTJ*, 120/1214)**[1233]**.

Já houve menção a essa matéria nos comentários à Parte Geral, quando invocamos a Súmula 75 do STJ, no sentido de que o crime do art. 178 estaria, portanto, restrito a fatos ocorridos em estabelecimento penal militar (ou no curso de uma escolta militar, como defenderemos em seguida), já que só assim afetariam a ordem administrativa militar. No Estado de São Paulo, por exemplo, os Feitos n. 28.196/00 (1ª Auditoria de Justiça Militar), 28.356/00 (2ª Auditoria de Justiça Militar), 29.163/01 (3ª Auditoria de Justiça Militar) e 35.744/03 (4ª Auditoria de Justiça Militar), instaurados para apurar facilitação de fuga em presídio comum, foram remetidos à Justiça Comum em obediência à súmula invocada.

Por outro bordo, como o crime tutela a autoridade e a disciplina militares, entendemos haver o delito em foco quando a conduta se dá em circunstâncias fora de estabelecimento prisional, porém sob autoridade de escolta militar. Assim, estará caracterizado o crime do art. 178 do CPM se, por exemplo, militar integrante da escolta de um preso à disposição da justiça (comum ou militar) promover ou facilitar fuga.

A propósito da observação acima, cumpre chamar a atenção para o fato de que a natureza da infração penal praticada pelo preso ou pelo submetido à medida de segurança é elemento estranho ao tipo penal, podendo tratar-se de infração penal comum ou militar, bastando que a guarda esteja sob responsabilidade de autoridade militar, em presídio ou em Unidade com instalações

próprias. Assim, é perfeitamente possível a ocorrência do delito em circunstância em que o preso esteja, por questões de política penitenciária, cumprindo pena por crime comum em presídio militar, bem como quando, embora tenha cometido delito comum, esteja sendo removido ou conduzido por escolta de militares.

Da mesma forma, não se exige no tipo penal que o preso seja militar, podendo o delito ocorrer mesmo que o preso seja civil. Não raras as vezes, também por questões de política penitenciária, civis condenados por crimes comuns permanecem custodiados, em prisão provisória ou definitiva, em estabelecimentos militares (presídios ou Unidades com instalações próprias), ocasião em que o delito estudado será possível, por exemplo, se um militar do serviço de dia promover ou facilitar a fuga.

O crime sob exame possui formas qualificadas que se justificam por si sós.

Qualifica o delito, inicialmente, o emprego de arma (própria ou imprópria), a prática por mais de uma pessoa ou com o arrombamento de instalação (§ 1º). Justifica-se a maior reprovação porque tais modalidades facilitam o exercício da ação ilícita.

Também é qualificado o delito se for praticado por pessoa sob cuja guarda, custódia ou condução está o preso ou internado (§ 3º), justificando-se a maior reprovação porque aquele que recebeu a incumbência estatal de guardar, que deveria, por força de seu ofício, estar comprometido com a causa, faltou com lealdade para com a autoridade militar. Ademais, mais simples se torna a fuga quando quem tem o dever de guarda com ela concorda, merecendo, pois, pena maior.

Embora concebido sob uma forma qualificada, o § 2º, em verdade, trata-se de uma regra especial que traz em seu bojo o concurso de infrações penais militares (concurso material e não formal, conforme vimos no estudo dos arts. 153, 157, 158, § 2º, e 175, parágrafo único). Embora aqui exista o concurso material, ao contrário do que vimos quando estudamos os arts. 153, 157, 158, § 2º, e 175, parágrafo único, todos do CPM, em que verificamos concurso formal de infrações, há uma regra própria, diversa daquela estipulada pelo art. 79 do

referido diploma, impondo sempre o cúmulo material, ainda que se trate de espécies diversas, o que deflui da análise da palavra “também”, que indica soma, afastando-se, pois, a exasperação. Como se fôssemos aplicar a regra do art. 79 na facilitação de fuga que resultasse em morte, teríamos, para o primeiro fato, a pena de detenção e, para o segundo, ainda que homicídio simples, a pena de reclusão, portanto, penas de espécies diversas que deveriam, pela regra do concurso de crimes do art. 79, ser unificadas pela exasperação, e não pela simples soma.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção de promover ou facilitar a fuga.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o preso ou submetido à medida de segurança detentiva foge, mesmo que seja capturado em seguida.

• **Tentativa:** é possível no caso em que se perpetram as ações em questão mas a pessoa acaba por não fugir ou, ainda, é capturada na tentativa, antes que consiga desvencilhar-se da esfera de vigilância do Estado.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, quando praticado por militar em situação de atividade, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, complementando a tipicidade com uma das alíneas consignadas no inciso, a saber, a alínea *e*, que subsume fato praticado contra a ordem administrativa militar. A complementação pelo inciso II, é de notar, deve-se ao fato de o tipo penal em estudo possuir semelhante previsão no Código Penal comum, especificamente no art. 351.

Em caso do cometimento por civil (na esfera federal) ou por inativo, a complementação deve ser buscada nas alíneas do inciso III do mesmo artigo, lembrando que deve o agente, neste caso, querer atentar contra a própria Instituição Militar[1234].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

8.2. Modalidade culposa

• **Tipo legal**

Art. 179. Deixar, por culpa, fugir pessoa legalmente presa, confiada à sua guarda ou condução:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** da mesma forma que o artigo anterior, busca-se proteger a autoridade militar, representada pelo Diretor ou Comandante do recinto militar que possua prisão, ou da Unidade responsável pela guarda e locomoção de presos, ou quem os represente.

• **Sujeitos do delito:** pela leitura do tipo penal, o sujeito ativo poderia ser qualquer pessoa, civil ou militar, cabendo anotar que no caso de sujeição ativa de um civil, somente será possível a ocorrência do delito em âmbito federal.

Por outro lado, conforme sustentamos nos comentários afetos ao inciso III do art. 9º, o civil, assim como o militar inativo, para poderem perpetrar crimes militares, devem com sua conduta *afrontar a própria instituição militar* (a que pertencem, no caso dos inativos, ou a instituição militar visada, no caso dos civis), exigindo-se, pois, um *elemento subjetivo especial do tipo*, na espécie de *delito de intenção*. Ora, se tratamos de modalidade culposa, obviamente devemos descartar o elemento subjetivo especial do tipo, porquanto a conduta não seria dirigida a um fim típico, consignado no artigo.

Dessa construção, e em resumo, podemos firmar que a modalidade culposa em estudo somente pode ser perpetrada por militares da ativa, seja em âmbito federal ou estadual. Caso um militar inativo ou um civil colaborem culposamente para fuga, deve-se buscar subsunção no Código Penal comum, especialmente no § 4º do art. 351.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta em questão é “deixar”,

por culpa, fugir pessoa presa confiada à guarda do autor. Como se trata de postura omissiva, a culpa se verifica na modalidade de negligência.

No tipo em estudo, portanto, o autor não adota as cautelas necessárias, fomentando, ainda que não deseje isso, a fuga de pessoa presa confiada à sua guarda (vigilância estática em determinado local) ou condução (escolta).

Note-se que não é figura típica do crime em estudo a fuga de pessoa submetida a medida de segurança, restringindo-se somente à fuga de pessoa presa que, assim como no delito anterior, limita-se à prisão por crime (provisória ou definitiva) e à prisão civil por dívida nas exceções permitidas pela Constituição Federal (não pagamento de prestação alimentícia e depositário infiel[1235]), não abrangendo a fuga, em face de restrição ou privação de liberdade por razões disciplinares.

Assim como no crime anterior, caso a fuga se opere em estabelecimento penal comum, não se falará em crime militar. Por outro lado, nada impede que ocorra o delito na forma culposa em transporte (escolta) de preso civil que tenha cometido crime comum ou militar, ou então de um civil que, por questões de política penitenciária, cumpra pena ou prisão provisória em estabelecimento militar (prisional ou não).

• **Elemento subjetivo:** como se trata de modalidade culposa, irrelevante se torna o elemento subjetivo, bastando a culpa, no caso do tipo em estudo, por negligência.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o preso foge, mesmo que seja capturado em seguida.

• **Tentativa:** é impossível por se tratar de delito culposo.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, considerando que somente o militar da ativa pode praticá-lo, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, complementando a tipicidade com uma das alíneas consignadas no inciso, a saber, a alínea *e*, que subsume fato praticado contra a ordem administrativa militar. A com-plementação pelo inciso

II, vale dizer, deve-se ao fato de o tipo penal em estudo possuir semelhante previsão no Código Penal comum, especificamente no § 4º do art. 351.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

8.3. Evasão de preso ou internado

• **Tipo legal**

Art. 180. Evadir-se, ou tentar evadir-se o preso ou internado, usando de violência contra a pessoa:

Pena – detenção, de um a dois anos, além da correspondente à violência.

§ 1º Se a evasão ou a tentativa ocorre mediante arrombamento da prisão militar:

Pena – detenção, de seis meses a um ano.

Cumulação de penas

§ 2º Se ao fato sucede deserção, aplicam-se cumulativamente as penas correspondentes.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal em estudo busca proteger a autoridade militar, representada pelo Diretor ou Comandante do recinto militar que possua prisão, ou da Unidade responsável pela guarda e locomoção de presos, ou quem os represente, por exemplo, na execução de escolta.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa, civil ou militar, desde que preso em recinto militar (prisão ou Unidade dotada de cela) ou submetido à escolta ou guarda de autoridade militar.

No caso de sujeição ativa de um civil, deve-se frisar que somente será possível a ocorrência do delito em âmbito federal. Do contrário, caso a fuga ocorra em estabelecimento prisional militar estadual, ou quando o favorecido estiver sob a guarda de autoridade militar estadual, a tipificação deverá ser

buscada na legislação penal comum, especificamente no art. 352 do CP comum.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "evadir-se" ou "tentar evadir-se", podendo-se firmar que a figura tentada se equipara à consumada. O legislador equiparou as modalidades porque o cerne da questão aqui não é a fuga, mas sim o uso de violência contra a pessoa ou contra a coisa para a fuga. Todavia, não é correto afirmar que fugir "é um direito do preso", pois, em verdade, a fuga é reprovada por outra face do Direito que não o Direito Penal, a saber, aquela atrelada à execução penal. Com efeito, a fuga, ou sua tentativa, é considerada infração disciplinar de natureza grave (arts. 49, parágrafo único, e 50, II, da Lei n. 7.210/84 – Lei de Execução Penal), capaz de trazer consequências negativas ao seu autor, por exemplo, a revogação de autorização de trabalho (art. 37, parágrafo único, da LEP), suspensão ou restrição de direito e inclusão no regime disciplinar diferenciado (art. 57, parágrafo único, da LEP), perda de período remido (art. 127 da LEP). Caso a fuga efetivamente fosse um direito do preso, todo aquele que estivesse recolhido ao cárcere poderia peticionar ao juízo competente, que, por sua vez, deveria assegurar-lhe a passagem para a rua, o que é inverossímil. Em conclusão, fugir é tão somente fato atípico.

"*Evadir-se* é fugir, é subtrair-se à custódia ou guarda de outrem"**[1236]**, sendo fundamental que a prisão seja legal ou, de outra forma, o delito não se verificará.

Essa evasão, nos termos do *caput*, somente será delituosa se for empregada violência contra a pessoa, não importando ser ela a autoridade responsável pela guarda ou ainda um outro preso. Mais uma vez alertamos que *violência* deve ser compreendida como aquela dotada de contato físico, afastando-se, portanto, a violência moral, representada pela grave ameaça. Ademais, não se exige que a violência produza lesão ou morte naquele contra quem se dirigiu a conduta, porém, se houver resultado nesse sentido, o preceito secundário comanda o cúmulo material, hipótese de concurso material de crimes com regra diversa do art. 79 do CPM.

Pelas notas já consignadas nos tipos penais anteriores, podemos concluir que o fato, para que seja delito militar, deva ocorrer em recinto militar, seja o fugitivo um militar, seja um civil (militares já expulsos, demitidos e exonerados das Corporações, assim como os que sempre foram civis e que cumprem pena em prisão especial determinada pelo juízo comum competente), ou então que a guarda do agente esteja sob responsabilidade de militares, por exemplo, em uma escolta para comparecimento do preso a julgamento.

Também aqui a pessoa presa o deve estar em razão da prática de crime (prisão provisória ou definitiva) e de dívida nas exceções permitidas pela Constituição Federal (não pagamento de prestação alimentícia e depositário infiel**[1237]**), excluindo-se, pois, a prisão**[1238]** por força de previsão disciplinar.

A modalidade do § 1º consiste em forma de delito com violência empregada contra a coisa, caracterizada pelo arrombamento da prisão militar com o escopo de empreender fuga. Como se denota do tipo penal, somente ocorrerá o delito se o arrombamento se der em prisão militar, localizada em estabelecimento prisional militar ou mesmo em quartel dotado dessa instalação (cela). O arrombamento, por outro lado, não precisa ser exatamente da carceragem, sendo abrangido pelo tipo qualquer acesso da prisão militar de que o agente se sirva para buscar a liberdade. Note-se, por derradeiro, que esta modalidade não possui correspondente no Código Penal comum.

Cumpre lembrar que a fuga, nos termos do art. 192 do CPM, desencadeará a contagem para a deserção. É dizer que o preso militar, caso fuja, deve apresentar-se em oito dias, sob pena de configurar outro delito, o de deserção, circunstância em que, por regra constante do § 2º do art. 180, haverá o concurso material de infrações penais militares, com cúmulo material das penas. Essa regra, ressaltamos, aplica-se tanto à modalidade do *caput* como à trazida pelo § 1º.

Hipótese a ser estudada trata-se do caso em que o agente, para fugir, pratica violência contra a pessoa (com resultado) e contra a coisa, simultaneamente, havendo subsunção nas modalidades previstas no *caput* e no § 1º. Nesse caso, postulamos que deva prevalecer a modalidade do *caput*,

funcionando a outra circunstância (violência contra a coisa) como circunstância judicial a influir na aplicação da pena, nos termos do que dispõe o art. 69 do CPM (*...maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano...*).

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de praticar a violência contra a pessoa ou contra a coisa com o fim único de conseguir fugir. Exige-se, portanto, um elemento subjetivo específico do injusto (antigo dolo específico).

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor pratica o ato de violência e atinge a pessoa, ou ainda destrói ou inutiliza, total ou parcialmente, o mecanismo de segurança de algum acesso que impeça a sua saída, tudo isso com o intuito de fugir, mesmo que não consiga.

• **Tentativa:** a tentativa foi equiparada pelo próprio tipo ao delito consumado; portanto não há falar em tentativa da tentativa. A investida física contra a pessoa ou coisa admite a tentativa, o que, se desconhecido o verdadeiro intento do autor, caracterizaria delito tentado contra a pessoa ou até contra militar de serviço ou ainda contra patrimônio, respectivamente.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** no caso da modalidade do *caput*, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, quando praticado por militar em situação de atividade, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, complementando a tipicidade com uma das alíneas consignadas no inciso, a saber a alínea *e*[1239], que subsume fato praticado contra a ordem administrativa militar. A complementação pelo inciso II, vale dizer, deve-se ao fato de o tipo penal em estudo possuir semelhante previsão no Código Penal comum, especificamente no art. 352.

Já no caso da modalidade do § 1º, quando também praticada por militar da ativa, por não possuir correlato na legislação penal comum, a complementação da tipicidade deve ser buscada no inciso I do art. 9º do CPM.

Em caso do cometimento por civil (na esfera federal) ou por inativo, seja qual for a modalidade (*caput* ou § 1º), a complementação deve ser

buscada nas alíneas do inciso III do mesmo artigo, lembrando que deve o agente, neste caso, querer atentar contra a própria Instituição Militar[1240].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

8.4. Arrebatamento de preso ou internado

• **Tipo legal**

Art. 181. Arrebatar preso ou internado, a fim de maltratá-lo, do poder de quem o tenha sob guarda ou custódia militar:

Pena – reclusão, até quatro anos, além da correspondente à violência.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal em estudo também busca tutelar a autoridade militar, personificada na pessoa que tem o preso arrebatado sob guarda.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa, civil ou militar.

No caso de sujeição ativa de um civil, deve-se frisar que somente será possível a ocorrência do delito em âmbito federal. Do contrário, caso a fuga ocorra quando o favorecido estiver sob guarda de autoridade militar estadual, a tipificação deverá ser buscada na legislação penal comum, especificamente no art. 353 do CP comum. Note-se que, caso o arrebatamento por civil se dê em estabelecimento militar estadual próprio para execução de medida de segurança, o tipo penal do art. 353 do CP comum não subsumirá o fato, porquanto somente é prevista a figura do "preso".

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar. Secundariamente, temos o militar de quem o preso foi arrebatado, lesado em sua autoridade (sujeito passivo mediato). O preso arrebatado não constitui sujeito passivo do delito em estudo, mesmo que, posteriormente, seja efetivamente maltratado, ocasião em que poderá ser sujeito passivo de outro delito (lesão corporal, atentado violento ao pudor etc.).

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é “arrebatar”, que significa tomar à força, arrancar, afastar a custódia de autoridade militar, exigindo-se, pois, que haja emprego de violência física contra a pessoa ou então violência contra coisa.

Mais uma vez, aqui a pessoa presa o deve estar em razão da prática de crime (prisão provisória ou definitiva) e de dívida, nas exceções permitidas pela Constituição Federal (não pagamento de prestação alimentícia e depositário infiel**[1241]**), excluindo-se, pois, a prisão**[1242]** por força de previsão disciplinar.

É elemento estranho ao tipo o local onde se executa o arrebatamento. Por outro lado, seguindo linha de raciocínio dos delitos anteriores, com respaldo na capitulação do crime em estudo, pode-se afirmar que se a guarda do preso estiver sendo desencadeada por autoridade civil, o delito a subsumir o fato há de ser aquele previsto no art. 353 do CP comum, ainda que o arrebatamento seja praticado por militar, porquanto os bens jurídicos visados pela norma não estarão sendo atacados de forma a configurar o delito.

O militar que guarda a pessoa arrebatada, em vista de ter sua resistência vencida, não responde por delito. Entretanto, caso haja condescendência daquele que deveria custodiar, o qual, em vez de zelar pelo ofendido, entrega-o àquele que deseja maltratá-lo, não responderá por este delito, mas sim, em concurso de pessoas, por tudo que venha a acontecer ao custodiado, seja o constrangimento ilegal, a lesão corporal, a tortura ou até mesmo a sua morte.

Pertinente lembrar, como o faz Loureiro Neto, norteado pelas lições do saudoso Mirabete, que no presente caso, ao contrário dos delitos anteriores que tratam da fuga de preso, “pouco importa que a prisão seja legal, pois o preso, diz a lei, está sob a guarda ou custódia militar, portanto, do Estado, que por ele é responsável”**[1243]**.

Da comparação do dispositivo *sub examine* com seu correlato na legislação penal comum, percebe-se que a lei penal militar foi mais abrangente ao prever também o arrebatamento de internado, significando aquele submetido a medida de segurança pessoal detentiva. A ausência dessa figura no art. 353 do CP é apontada pela doutrina como uma exclusão inexplicável, portanto, uma

falha[1244].

O preceito secundário do tipo penal dispõe que a pena será de reclusão, até quatro anos, *além da correspondente à violência*. Nitidamente estamos diante de concurso material de crime com regra de cúmulo material de penas (compreensão do termo "além"), não se obedecendo ao preceituado pelo art. 79, no que tange às penas de espécie diferente, em que teríamos a exasperação. Cumpre investigar, todavia, a qual violência se refere o preceito, se àquela própria ao arrebatamento ou àquela praticada, *a posteriori*, contra o arrebatado. Sem dúvida, a violência tratada pelo preceito cominador da pena é aquela própria do arrebatamento. Assim, restando lesão corporal à autoridade militar que guardava o preso, haverá a aplicação da pena do arrebatamento e do crime de lesão corporal (art. 209 do CPM). Deve-se assinalar, entretanto, que, embora o tipo em estudo não consigne essa condição expressamente, a violência praticada contra o preso arrebatado importará em delito autônomo ao qual o agente responderá em concurso material de delitos, vingando, aqui sim, a regra do art. 79 do CPM.

• **Elemento subjetivo:** o tipo penal em foco só admite a modalidade dolosa, caracterizada pela prática do arrebatamento com o específico fim de maltratar a pessoa arrebatada (elemento subjetivo específico do tipo, antigo dolo específico).

Os motivos que levaram o agente ao desejo de maltratar o preso são irrelevantes à constituição típica do delito em apreço.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor consegue tirar o preso ou internado do poder daquele que o guardava. Como exaustivamente já consignado, não se exige que o preso seja efetivamente maltratado.

• **Tentativa:** é possível, como no caso do agente que inicia a ação mas é impedido, mediante força necessária da autoridade militar, de tomar a guarda do preso.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade do delito, quando praticado por militar em situação de atividade, deve-

se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, complementando a tipicidade com uma das alíneas consignadas no inciso, a saber, a alínea *e*[1245], que subsume fato praticado contra a ordem administrativa militar. A complementação pelo inciso II, vale dizer, deve-se ao fato de o tipo penal em estudo possuir semelhante previsão no CP comum, especificamente no art. 353. Com efeito, não há exata coincidência na descrição típica das duas previsões (comum e militar)[1246], contudo, em nossa concepção, para se clamar a semelhança, basta que haja aproximação entre os tipos penais de modo a poder afirmar-se que se trata, com algumas peculiaridades, de figuras típicas análogas.

Em caso do cometimento por civil (na esfera federal) ou por inativo, a complementação deve ser buscada nas alíneas do inciso III do mesmo artigo, lembrando que deve o agente, neste caso, querer atentar contra a própria Instituição Militar[1247].

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

8.5. Amotinamento

• **Tipo legal**

Art. 182. Amotinarem-se presos, ou internados, perturbando a disciplina do recinto de prisão militar:

Pena – reclusão, até três anos, aos cabeças; aos demais, detenção de um a dois anos.

Responsabilidade de partícipe ou de oficial

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem participa do amotinamento ou, sendo oficial e estando presente, não usa os meios ao seu alcance para debelar o amotinamento ou evitar-lhe as consequências.

• **Objetividade jurídica:** neste delito, diversamente dos anteriores, a disciplina militar é trazida ao primeiro plano da proteção da norma, por ser indispensável ao bom funcionamento de um recinto de prisão militar.

Evidentemente, de forma adjacente, sai maculada também a autoridade dos militares comandantes ou dirigentes da Unidade prisional ou da Unidade em que se localiza a prisão.

• **Sujeitos do delito:** crime de autoria coletiva, exige-se pluralidade de pessoas para configurá-lo. Em nosso entender, ante a não definição expressa do tipo penal, basta a prática da conduta nuclear por duas pessoas para que o delito ocorra[1248].

O sujeito ativo na figura do *caput* do artigo poderá ser qualquer pessoa, civil ou militar, desde que esteja preso em estabelecimento prisional militar (ou Unidade com dependência de prisão).

Curioso notar que, embora o tipo penal preveja a possibilidade de o internado submetido à medida de segurança praticar o delito, ele (tipo) exige a turbação da disciplina em recinto de prisão militar e não consagra a turbação da disciplina em manicômio judiciário ou em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário, hoje condensados no hospital de custódia. Teríamos, pois, uma incongruência no tipo penal, uma vez que, em primeira análise, não é possível alguém submetido a medida de segurança turbar a disciplina de prisão militar, porquanto não é esta destinada ao acolhimento daqueles a quem foi imposto esse tipo de sujeição. A nós nos parece, contudo, que o tipo penal buscou delinear possibilidades em que internados pudessem cometer o delito, das quais consignamos alguns exemplos: a) primeiro, o tipo penal em estudo não menciona presídio militar, mas recinto de prisão militar, que poderá ser encontrado em hospital de custódia para a contenção de casos extremos de inimputáveis agressivos, que coloquem em risco a vida dos demais internados; nesse caso, sendo o hospital de custódia uma Unidade militar, o recinto destinado às celas será recinto de prisão militar; b) outra possibilidade consiste no fato de o hospital de custódia localizar-se em área adstrita a presídio, possibilitando que o internado tenha acesso a prisão militar, podendo, pois, amotinar-se; c) não se pode esquecer também da possibilidade de um preso, por doença mental superveniente, ter sua pena convertida em medida de segurança, permanecendo no presídio militar até sua remoção para o hospital de custódia.

Assim, também entendemos que podem figurar no polo ativo do delito

estudado os internados submetidos a medida de segurança. Entretanto, notará com razão o estudioso do Direito Penal que, por ser a medida de segurança própria para os casos de inimputabilidade ou de semi-imputabilidade, para que o internado possa cometer este delito, obviamente, deve ser questionada a sua capacidade de culpabilidade em face de suas condições biopsicológicas, somente podendo persistir o delito no caso do internado semi-imputável. Aliás, não poderia de outra forma ser, visto que pela influência causalista que inebria o Código Penal Militar, a culpabilidade, em que se localiza o estudo da imputabilidade, também pela teoria psicológico-normativa, compõe o conceito analítico de crime, sendo impensável que a legislação pretenda tratar como crime fato em que não se verifique a culpabilidade pela inimputabilidade do agente. Por óbvio, o tipo penal se refere ao internado semi-imputável, submetido a medida de segurança.

No caso de sujeição ativa de um civil, deve-se frisar que somente será possível a ocorrência do delito em âmbito federal. Do contrário, caso o amotinamento ocorra em estabelecimento da Administração Militar estadual, a tipificação deverá ser buscada na legislação penal comum, especificamente no art. 354 do CP comum. Note-se que, caso o amotinamento seja praticado por civil submetido a medida de segurança e em estabelecimento militar estadual, o tipo penal do citado artigo não subsumirá o fato, porquanto somente é prevista a figura do “preso”, obrigando o operador a buscar subsunção em outro fato (dano, desobediência etc.), também atendo-se à averiguação da imputabilidade.

Na figura assimilada prevista na primeira parte do parágrafo único poderá figurar no polo ativo qualquer pessoa, civil ou militar, ainda que não seja preso ou internado, mas que tome parte no amotinamento.

Pela previsão da segunda parte do mesmo parágrafo único, a sujeição ativa poderá recair sobre Oficial que, presente no local do amotinamento, não busque, com todas as suas energias, sufocá-lo. Entendemos que a previsão, por estar afeta à tutela da disciplina militar, alcança também o Oficial inativo.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é “amotinar-se”, ou seja,

rebelar-se, perturbar a ordem vigente no recinto de prisão militar, negando-se a sair ou a voltar para as celas, fazendo algazarra, tomando terceiro qualquer como refém, em suma, alterando indevidamente a regularidade das atividades do estabelecimento que contenha prisão militar.

Recinto de prisão militar, para Célio Lobão, inclui o "local fora das grades, onde os presos trabalham ou estudam ou tomam sol, como tombadilho do navio, pátio interno da penitenciária militar, além de outros locais do estabelecimento castrense, onde se encontram os presos em recreação, fazendo exercício, além de atividades diversas, destinadas a amenizar as agruras do recolhimento à prisão"**[1249]**. Essa construção, com a qual pactuamos, reforça nossa visão de que o tipo penal foi além da compreensão de estabelecimento prisional, consistindo a expressão "recinto de prisão militar" em toda e qualquer instalação em que existam pessoas presas em cumprimento de pena, prisão provisória, prisão civil, nos casos constitucionalmente permitidos, ou eventualmente com privação de liberdade em cela durante o desconto de medida de segurança.

Os que se amotinam devem estar presos em razão da prática de crime (prisão provisória ou definitiva) ou de dívida nas exceções permitidas pela Constituição Federal (não pagamento de prestação alimentícia e depositário infiel**[1250]**), excluindo-se, pois, a prisão**[1251]** por força de previsão disciplinar.

O preceito secundário do tipo-base comina pena com aumento para os "cabeças", definidos no art. 53, §§ 4º e 5º, do CPM. Embora a previsão da pena não o consagre expressamente, como o faz a sua correlata no Código Penal comum, o resultado de violência no curso do amotinamento importará em delito autônomo, ao qual o agente responderá em concurso material de delitos, vingando a regra do art. 79 do CPM.

A lei penal militar, no parágrafo único do artigo em estudo (primeira parte), previu casos assimilados, equiparando-os ao amotinamento do *caput*. Assim, na mesma pena incorre quem, embora não preso ou internado, participa, de qualquer forma, dos atos de amotinamento, previsão despicienda na perspicaz visão de Jorge César de Assis, em face da regra definidora do concurso de pessoas (coautoria) do art. 53 do CPM**[1252]**.

Por força da segunda parte do parágrafo único do art. 182, também se equipara ao tipo-base a conduta de Oficial (da ativa ou equiparado) que, estando presente no momento do amotinamento, deixa de usar todos os meios possíveis para debelar o movimento ou evitar suas consequências.

• **Elemento subjetivo:** o tipo em estudo só admite a modalidade dolosa, caracterizada pela intenção, vontade livre e consciente de desencadear ou participar do amotinamento.

• **Consumação:** o delito se consuma com a deflagração do amotinamento, com a prática de atos que perturbem a disciplina do recinto.

• **Tentativa:** por ser delito plurissubsistente, é admissível quando os sujeitos ativos, em fase inicial da execução, não conseguirem seu intento (tomar o recinto, p. ex.).

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** na modalidade do *caput*, para se ter a completa compreensão da tipicidade do delito, quando praticado por militar em situação de atividade, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, complementando a tipicidade com uma das alíneas consignadas no inciso, a saber, a alínea *e*, que subsume fato praticado contra a ordem administrativa militar. A complementação pelo inciso II, cumpre notar, deve-se ao fato de o tipo penal em estudo possuir semelhante previsão no Código Penal comum, especificamente no art. 354. Com efeito, não há exata coincidência na descrição típica das duas previsões (comum e militar)[1253]; contudo, em nossa concepção, para se clamar a semelhança, basta que haja aproximação entre os tipos penais de modo a poder afirmar-se que se trata, com algumas peculiaridades, de figuras típicas análogas.

A tipicidade das figuras assimiladas, previstas no parágrafo único do art. 182 do CPM, deve ser complementada pelo inciso I do art. 9º, quando praticadas por militar da ativa. Não estará de todo equivocada, por outro lado, a construção que complemente a tipicidade da figura assimilada da primeira parte do parágrafo único do artigo estudado (aquele que participa do amotinamento sendo militar da ativa, não sendo preso ou internado) pela alínea *e* do inciso II,

desde que combine com a previsão do art. 53 do CPM.

Em caso do cometimento por civil (na esfera federal) ou por inativo, em todas as modalidades, a complementação deve ser buscada nas alíneas do inciso III do mesmo artigo, lembrando que deve o agente, neste caso, querer atentar contra a própria Instituição Militar[1254].

- **Ação penal:** é pública incondicionada.

9. *SURSIS*, LIVRAMENTO CONDICIONAL E LIBERDADE PROVISÓRIA

No Código Penal Militar, os delitos de aliciação (art. 154), incitamento (art. 155), violência contra superior (art. 157), violência contra oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão (art. 158), desrespeito a superior (art. 160), desrespeito a símbolo nacional (art. 161), despojamento desprezível (art. 162) e de recusa de obediência (art. 163)[1255], todos comentados neste capítulo, são insuscetíveis de suspensão condicional da pena, conforme expõe o art. 88, II, *a* e *b*, do citado diploma. Não há, perceberá o atento estudioso, construção técnica da lei penal que nos permita firmar que as disposições do art. 88 refiram-se a capítulos, e não a delitos. Por vezes, temos a impressão de que há menção ao delito isoladamente, como no caso do crime de violência contra oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão. Em outros pontos, parece que o CPM buscou abranger o capítulo, como no caso da insubordinação. Dada a péssima construção da lei, que não seguiu rigor técnico, aliada ao fato de não se mencionar a palavra “capítulo”, optamos por uma visão menos gravosa, restringindo-nos aos delitos isoladamente para reconhecer a impossibilidade de concessão de *sursis*.

O livramento condicional nos crimes de motim ou de revolta (art. 149, *caput*, e parágrafo único, do CPM), de aliciação (art. 154), de incitamento (art. 155), violência contra superior (art. 157) ou militar de serviço somente é cabível após o cumprimento de dois terços da pena, nos termos do art. 97 do Código Castrense. Também no caso do livramento condicional, a falta de rigor técnico

nos leva a uma construção mais benéfica, buscando apenas entender que o cumprimento de dois terços é exigido para os crimes, isoladamente, e não para os capítulos.

Versando dispositivos do CPM, a liberdade provisória também não poderá ser concedida nos delitos de violência contra superior (art. 157), desrespeito a superior (art. 160), desrespeito a símbolo nacional (art. 161), despojamento desprezível (art. 162), recusa de obediência (art. 163), oposição à ordem de sentinela (art. 164), publicação ou crítica indevida (art. 166), abuso de requisição militar (art. 173), ofensa aviltante a inferior (art. 176), resistência mediante ameaça ou violência (art. 177) e fuga de preso ou internado (art. 178), nos termos da alínea *b* do parágrafo único do art. 270 do CPPM. Diferentemente do Código Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar, na previsão da concessão de liberdade provisória, foi mais claro, prevendo os artigos expressamente, não dando, pois, margem a dúvida.

CRIMES MILITARES EM TEMPO DE PAZ: DOS CRIMES CONTRA O SERVIÇO MILITAR E O DEVER MILITAR

1. DA INSUBMISSÃO

1.1. Insubmissão

• **Tipo legal**

Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação:

Pena – impedimento, de três meses a um ano.

Caso assimilado

§ 1º Na mesma pena incorre quem, dispensado temporariamente da incorporação, deixa de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento.

Diminuição da pena

§ 2º A pena é diminuída de um terço:

a) pela ignorância ou a errada compreensão dos atos da convocação militar, quando escusáveis;

b) pela apresentação voluntária dentro do prazo de um ano, contado do

último dia marcado para a apresentação.

• **Objetividade jurídica:** o tipo em estudo, embora inaugure o capítulo dos crimes contra o serviço e o dever militares, tutela apenas o serviço militar, uma vez que aquele que é convocado não está ainda atado ao dever militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o civil convocado, porquanto em nenhuma das condutas descritas no tipo exige-se que o sujeito ativo esteja incorporado à Instituição Militar. Portanto, de forma *sui generis*, no diploma castrense, este delito limita a sujeição ativa apenas a quem não é militar.

Cumpre-nos neste ponto identificar um *iter* a ser seguido na identificação do convocado.

A Lei n. 4.375, de 17 de agosto de 1964 ("Lei do Serviço Militar"), define uma figura preliminar ao convocado, qual seja, o refratário. O art. 24 da referida Lei dispõe que o "brasileiro que não se apresentar para a seleção durante a época de seleção do contingente de sua classe ou que, tendo-o feito, se ausentar sem a ter completado, será considerado refratário".

O art. 25 da mesma Lei dispõe que "o convocado selecionado e designado para incorporação ou matrícula, que não se apresentar à Organização Militar que lhe for designada, dentro do prazo marcado ou que, tendo-o feito, se ausentar antes do ato oficial de incorporação ou matrícula, será declarado insubmisso".

Agora, resta verificar quem é o convocado. É considerada convocada à incorporação a pessoa selecionada para tanto e designada para a incorporação ou matrícula em Organização Militar, devendo apresentar-se no prazo que lhe for fixado.

Essas definições são complementadas pelo Decreto n. 57.654, de 20 de janeiro de 1966, que regulamenta a "Lei do Serviço Militar". Assim, o Decreto em relevo define, em seu art. 3º, as expressões e termos acima utilizados.

Em resumo e simplificadamente, portanto, teríamos uma primeira condição de irregularidade que não configuraria ilícito penal militar, a situação do jovem que não se alista, não comparece para a seleção ou dela não participa

até o fim, considerado refratário. Uma vez selecionado, no entanto, e tendo designadas Organização Militar e data para se apresentar para a incorporação ou matrícula, o cidadão ocupará a figura do convocado, sendo, pois, passível de cometimento do delito de insubmissão. Apenas para se ter o completo *iter*, o convocado incorporado passa à condição de militar, podendo, por exemplo, caso se ausente ilegalmente por mais de oito dias do lugar onde presta o serviço militar, praticar o delito de deserção, que estudaremos adiante.

Cumpre observar, em instância final da composição do sujeito ativo, que a figura do convocado como acima delineado inexiste nas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares do Brasil, os quais possuem um sistema de voluntariado na prestação do serviço da Instituição, conforme comanda o art. 11 do Decreto-Lei n. 667, de 2 de agosto de 1969**[1256]**. Nessa ordem, o delito em estudo não ocorre no âmbito das milícias estaduais. É dizer, em outros termos, que, por exemplo, na Milícia paulista, o candidato aprovado que não se apresentar para tomar posse no cargo será considerado desistente e abrirá vaga para o próximo classificado; caso se apresente, por outro bordo, e efetive sua admissão, saindo em seguida e não mais retornando, será considerado ausente, tendo início a contagem de prazo para sua deserção.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** como se pode inferir, o delito em estudo visa alcançar o civil que, convocado, busca escapulir da prestação do serviço militar, iniciado com o ato de incorporação ou de matrícula. O serviço militar no Brasil, nos termos do *caput* do art. 143 da CF, é obrigatório, segundo os parâmetros dados por lei específica. Essa lei é exatamente a supracitada "Lei do Serviço Militar", que define, em seu art. 1º, o serviço militar como o exercício de atividades específicas desempenhadas nas Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), compreendendo, na mobilização, todos os encargos relacionados com a defesa nacional.

Para aqueles que alegarem imperativo de consciência (escusas de consciência), a própria Constituição Federal prevê o serviço alternativo, que eximirá tais pessoas de atividades de caráter essencialmente militar. Nesse

prisma foi editada a Lei n. 8.239, de 4 de outubro de 1991, que conferiu ao Estado-Maior das Forças Armadas, em coordenação com os ministérios militares, a competência para atribuir serviço alternativo, o que foi regulado pela Portaria COSEMI n. 2.681, de 28 de julho de 1992, em vigência.

São duas as condutas reprimidas por este tipo. A primeira delas é deixar de se apresentar e a segunda é ausentar-se.

Na primeira possibilidade, o autor, convocado para incorporação à Força, deixa de apresentar-se à Instituição Militar no prazo que lhe foi determinado.

Já na segunda, ele se apresenta à Força no prazo determinado, mas, em seguida, ausenta-se antes da formalização de sua incorporação.

No § 1º do artigo em estudo consagrou-se um caso assimilado, dispondo que incorrerá na mesma pena aquele que, dispensado temporariamente da incorporação, deixa de se apresentar, findo o prazo de licenciamento. Em verdade, a "Lei do Serviço Militar" fala em adiamento do serviço militar, e não em dispensa temporária de incorporação. Tais casos estão enumerados no art. 29 da referida Lei.

Por fim, o § 2º do dispositivo em estudo prevê minoração da pena em um terço, com base na ignorância ou errada compreensão dos atos da convocação militar, quando escusáveis ou quando há o arrependimento posterior do agente, que se apresenta voluntariamente dentro do prazo de um ano, contado do último dia marcado para a apresentação. No primeiro caso vemos a plena materialização do princípio *ignorantia legis neminen excusat*, ou seja, o dogma de que a ignorância da lei é inescusável e, ainda que o seja, a culpabilidade do agente não estará afastada. Essa construção, aliás, é muito frequente no Código Penal Militar, que, já no art. 35, ao tratar do erro de direito – que não se aplica à insubmissão, visto que se trata de crime contra o serviço militar –, prevê que a pena pode ser atenuada ou substituída por outra menos grave quando o agente, salvo em se tratando de crime que atente contra o dever militar, supõe lícito o fato, por ignorância ou erro de interpretação da lei, se escusáveis. Note-se que o dispositivo passa ao largo de uma escusa a isentar de pena mas, tão somente,

permite a atenuação da culpabilidade[1257].

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de se furtar ao serviço militar, deixando de apresentar-se ou ausentando-se após sua apresentação.

Por admitir somente a modalidade dolosa, por óbvio, para que o crime se verifique, o autor deve necessariamente saber o dia, a hora e o local da apresentação, o que deverá estar expresso em documento que recebeu na vez anterior em que esteve em seleção.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor deixa de comparecer à Instituição Militar no limite do tempo que lhe foi concedido para tal ou quando se ausenta, tendo já se apresentado para a incorporação que ainda não foi oficializada.

• **Tentativa:** não é possível em vista de a conduta ser omissiva (1ª hipótese) e de mera conduta (2ª hipótese).

• **Crime propriamente militar:** uma observação deve ser trazida à análise do leitor. A teoria clássica, ao classificar os delitos militares em próprios e impróprios, vê na insubmissão uma exceção, por ser o único crime militar que somente o civil pode cometer. Justifica-se essa exceção pelo fato de que, apesar de ser praticado por um civil, a incorporação do faltoso, portanto a condição de militar, é condição de punibilidade ou de procedibilidade, nos termos do art. 464, § 2º, do CPPM. Vale dizer que, antes de adquirir a qualidade de militar, com sua inclusão nas Forças Armadas, não cabe ação penal contra o insubmisso.

Foi justamente essa excepcional condição da insubmissão que fez com que Jorge Alberto Romeiro idealizasse outra teoria para definir os crimes propriamente militares, firmando que crime propriamente militar traduz-se por aquele "cuja ação penal somente pode ser proposta contra militar"[1258].

• **Tipicidade indireta:** como o delito somente pode ser perpetrado por um civil com a especial condição de convocado, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime deve-se verificar o inciso III do art. 9º do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada. *Contudo, há que lembrar da necessidade de prévia incorporação do insubmisso para que se possa desencadear a ação penal (condição de procedibilidade).*

1.2. Criação ou simulação de incapacidade física

• **Tipo legal**

Art. 184. Criar ou simular incapacidade física, que inabilite o convocado para o serviço militar:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** o presente dispositivo também tutela somente o serviço militar, uma vez que aquele que é convocado não está ainda atado ao dever militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa, o convocado, bem como aquele que, militar ou civil, o auxilie a simular ou a criar a incapacidade.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são “criar” ou “simular”.

Criar implica fazer, tornar existente, gerar a incapacidade que impeça a prestação do serviço militar. Como se verifica, estamos diante de uma excepcional responsabilização penal pela autolesão. É o caso do convocado que se autolesiona para furtar-se ao serviço militar, ou de quem o auxilie ou mesmo crie a incapacidade, como no caso do pai que, não desejando que o filho preste o serviço militar, mutila-o durante o sono, devendo responder por este delito, além daquele correspondente à lesão provocada.

Simular, por sua vez, significa fingir, representar com semelhança, fazer crer, por um engodo, que o convocado está inabilitado para o serviço

militar por incapacidade. Pode ser perpetrado pelo próprio convocado ou por terceiro.

A primeira modalidade (criar) faz existir e a segunda (simular) faz parecer que existe algo que incapacite o acusado a fim de inabilitá-lo para o serviço militar. Essa incapacidade poderá ser física, muito mais comum, ou mental.

Evidentemente, a prova deste delito só se fará por avaliação médica, em vista de o exame e a conclusão serem eminentemente técnicos, dependendo de profissional habilitado.

Note-se que o presente delito, como se verá, diferencia-se da modalidade prevista do art. 188, IV, do CPM, porquanto se tem em foco no artigo em análise apenas o convocado, enquanto, naquele, a atenção se volta para o militar, já incorporado, que alcança a inatividade por simulação de incapacidade.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de se furtar ao serviço militar apresentando incapacidade física (real ou ficta) provocada.

• **Consumação:** o delito se consuma quando é reconhecida a incapacidade do convocado, tornando-o inabilitado para o serviço militar.

• **Tentativa:** é possível nos casos em que o acusado não chega a ser reconhecido inapto, mas há ações no sentido de criar ou de simular essa incapacidade. Tome-se, por exemplo, a malfadada tentativa de mutilação, com o escopo de inabilitar para o serviço militar, que não conduza à incapacidade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, no caso de o sujeito ativo ser militar em situação de atividade, obviamente quando crie ou simule a incapacidade em ser convocado. Caso o sujeito ativo seja civil – e aqui incluímos o próprio convocado – ou militar inativo, a complementação da tipicidade deve dar-se pelo inciso III do mesmo artigo, em uma de suas alíneas.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

1.3. Substituição de convocado

• **Tipo legal**

Art. 185. Substituir-se o convocado por outrem na apresentação ou na inspeção de saúde:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem substitui o convocado.

• **Objetividade jurídica:** da mesma forma que os dispositivos anteriores deste capítulo, este busca tutelar somente o serviço militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o convocado, figura já delineada quando do estudo do art. 183. Por previsão do parágrafo único, também pode cometer o delito aquele que, civil ou militar, fez-se passar pelo convocado.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** no tipo em análise, o convocado se faz substituir por outra pessoa, no momento de sua apresentação à Instituição Militar, ou no ato de inspeção de saúde que venha a sofrer.

O parágrafo único, como já frisado, estende a possibilidade de autoria ao terceiro que se faz passar pelo convocado, sofrendo repulsa penal de mesma intensidade. Há, nitidamente, hipótese de coautoria necessária, pois se presume que o convocado anuiu na substituição.

É elemento estranho ao tipo penal em relevo a consequência da substituição, caracterizando-se o delito pela simples conduta. Assim, perpetrará o delito o convocado que se fizer substituir por pessoa com enfermidade para burlar a prestação do serviço, ou aquele convocado que, desejando ser incorporado mas portando alguma enfermidade que impeça a incorporação, substitua-se por terceiro que não possua tal enfermidade.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de se ver substituído ou de substituir o convocado na apresentação ou no exame de saúde.

Não é elemento expresso no tipo penal a intenção motivadora da farsa, delimitando-se tão somente a oportunidade em que ela se dá, ou seja, na apresentação ou na inspeção de saúde. Dessa forma, ainda que a intenção não seja ludibriar a convocação frustrando o serviço militar, o delito ocorrerá.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o terceiro se passa pelo convocado diante da Administração Militar.

• **Tentativa:** não é possível em vista de ser delito instantâneo. O fato de os agentes planejarem a substituição e se aproximarem da execução não tem relevância jurídica.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, no caso de o sujeito ativo ser militar em situação de atividade, obviamente na hipótese do parágrafo único. Caso o sujeito ativo seja civil – e aqui incluímos o próprio convocado – ou militar inativo – este também na figura do parágrafo único –, a complementação da tipicidade deve dar-se pelo inciso III do mesmo artigo, em uma de suas alíneas.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

1.4. Favorecimento a convocado

• **Tipo legal**

Art. 186. Dar asilo a convocado, ou tomá-lo a seu serviço, ou proporcionar-lhe ou facilitar-lhe transporte ou meio que obste ou dificulte a incorporação, sabendo ou tendo razão para saber que cometeu qualquer dos crimes previstos neste capítulo:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

Isenção de pena

Parágrafo único. Se o favorecedor é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

• **Objetividade jurídica:** mais uma vez, como nos delitos anteriores, busca-se a tutela apenas do serviço militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito poderá ser qualquer pessoa, exceto o próprio convocado favorecido.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** a conduta nuclear é “dar asilo”, significando dar guarida, abrigo ao convocado, para que se furte da incorporação ou a dificulte.

Também é abrangida pela descrição típica a conduta daquele que toma o convocado como seu serviçal, ou seja, que lhe dá serviço, emprega-o, o que, por si só, já minimizaria as consequências da clandestinidade do protegido, proporcionando-lhe meio de subsistência.

Por fim, outra forma de perpetração do delito cinge-se à ação daquele que facilita transporte ou propicia meio que impeça ou atrapalhe a incorporação. Repare que aqui o agente não é quem proporciona diretamente tal auxílio, mas quem o facilita para que outrem o promova.

Em todas as possibilidades acima, o autor sabe ou deveria saber que aquele a quem presta auxílio é um convocado que deve ser incorporado e que sua conduta atrapalha ou dificulta o ato de incorporação. *Saber* implica conhecer a situação e o caráter ilícito da conduta do convocado propenso a esquivar-se da incorporação. Já a expressão *devendo saber* implica o fato de que o autor desconheça a situação da pessoa que auxilia, mas poderia conhecê-la em vista, por exemplo, do comportamento do beneficiado ou por outros sinais que denotem a instabilidade da situação do convocado. Assim, o autor tem mecanismos para conhecer o *statu quo* daquele que auxilia, mas não dá atenção a essas informações.

É de notar que este crime se aproxima muito do favorecimento pessoal

(art. 350 do CPM) e do favorecimento a desertor (art. 193 do CPM), sendo uma forma específica do primeiro (art. 350), pois está restrito, tão somente, ao convocado.

Como não poderia deixar de ser, aqui se promove a isenção de pena se o favorecedor é ascendente, a exemplo dos pais, descendente, a exemplo do filho, cônjuge (marido ou esposa) ou irmão do convocado. Como bem anota Jorge César de Assis, trata-se de escusa absolutória em que o injusto típico culpável permanece intacto, apenas havendo obstrução da punibilidade**[1259]**. Em outros termos, firme-se que a escusa absolutória, como já vimos nos comentários ao parágrafo único do art. 152 do CPM, é "uma escusa especial e pessoal, fundada em razões de ordem utilitária ou sentimental, que não afetam o crime, mas somente a punibilidade. Tem efeito idêntico ao da condição objetiva de punibilidade"**[1260]**.

• **Elemento subjetivo:** o delito, em tese, admite a modalidade dolosa, quando o agente sabe da condição de convocado do favorecido, ou culposa, quando desconhece essa condição tendo razão para conhecê-la.

Polêmica é a aceitação da modalidade culposa, porquanto, para alguns, tratar-se-ia de hipótese de dolo eventual, e não de culpa. A nosso ver, no entanto, trata-se de possibilidade culposa, tal qual ocorre no delito de excesso de exação, previsto no § 1º do art. 316 do CP comum, em que, "se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe *ou deveria saber indevido*, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza". (g. n.) A propósito do elemento subjetivo desse delito, Mirabete consigna que "o crime pode ser praticado tanto por dolo, quando o agente sabe que está exigindo tributo ou contribuição indevida, ou quando emprega meio vexatório ou gravoso na cobrança do valor devido. Mas o delito, na sua primeira parte, também pode ser cometido por culpa. Na expressão 'deveria saber indevido' a lei refere-se à culpa do funcionário que erra na cobrança do tributo..."**[1261]**.

Guardadas as distinções dos delitos, a nós nos parece que a culpa, e não o dolo eventual, há de ser admitida no caso em questão, devendo o aplicador da lei penal militar ter em conta tal circunstância no momento de aplicação da pena,

já que não se fez distinção, no que concerne à pena, entre modalidade dolosa e culposa.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor dá asilo (esconde, abriga) ou serviço (emprego, ocupação), ou proporciona transporte (seja terrestre, seja aéreo ou aquático) ou mecanismo (qualquer que seja) que atrapalhe ou impeça a incorporação.

• **Tentativa:** não a entendemos possível, pela alternatividade das hipóteses nucleares. Discordamos da visão esposada por Célio Lobão no sentido de que a tentativa seria possível nos casos em que se pratica a ação, mas por circunstâncias alheias à vontade do agente não se opera o favorecimento**[1262]**, visto que qualquer conduta praticada pelo agente, no mínimo, dificultará a incorporação, uma das formas nucleares.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, no caso de o sujeito ativo ser militar em situação de atividade. Caso o sujeito ativo seja civil ou militar inativo, a complementação da tipicidade deve-se dar pelo inciso III do mesmo artigo, em uma de suas alíneas.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

2. DA DESERÇÃO

2.1. Deserção

• **Tipo legal**

Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo tutela-se o serviço militar afetado pelo fato de o agente não estar presente. Protege-se, ademais, o dever militar, o comprometimento, a vinculação do homem aos valores éticos e funcionais da caserna e de sua profissão.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar (federal ou estadual), que deve ser compreendido, nos termos do art. 22 do CPM, como o militar em situação de atividade. O marco que habilita a pessoa a cometer deserção, portanto, é o ato de incorporação à Força Militar, ou ato equiparado, que inicie o vínculo de ligação com a Instituição Militar, ainda que de formação de militares da reserva, como muito bem observa Célio Lobão**[1263]**.

É delito de mão própria, não admitindo a coautoria. Nos dizeres de Zaffaroni e Pierangeli, os delitos de mão própria são "aqueles que só podem ser cometidos pelo autor, que realiza pessoalmente a conduta típica. O mais claro destes delitos é o estupro (art. 213 do CP): só pode ser cometido por aquele que manteve a conjunção carnal**[1264]**. O falso testemunho (art. 342 do CP) só pode ser cometido por aquele que pessoalmente faz a afirmação falsa, nega ou cala a verdade. O autoaborto (art. 124, 1ª hipótese, do CP) não pode ser cometido por outro que não a própria mulher grávida. Em todos estes delitos, em que surge claramente do tipo que somente pode ser autor aquele que realiza, pessoalmente, a conduta ali descrita, é inadmissível a autoria mediata e também valer-se de outro que não realiza a conduta"**[1265]**.

Em sendo crime de mão própria, admitiria, em tese, apenas a participação. Necessário lembrar que as possibilidades de participação são várias: "ajuste, determinação, instigação, organização e chefia, auxílio material, auxílio moral, adesão sem prévio acordo etc."**[1266]**. A doutrina, todavia, sacramenta duas espécies básicas, quais sejam, a instigação e a cumplicidade. "*Instiga* aquele que age sobre a vontade do autor, fazendo nascer neste a ideia da prática do crime ou acoroçoando a já existente, de modo determinante na resolução do autor, e se exerce por meio de mandato, persuasão, conselho, comando etc."**[1267]**. "*Cúmplice* é aquele que contribui para o crime, prestando

auxílio ao autor ou partícipe, exteriorizando-se a conduta por um comportamento ativo (o empréstimo de uma arma, a revelação do segredo de um cofre etc.)"**[1268]**.

A participação, neste delito, como se pode notar, somente poderia ocorrer de forma ideal (instigação) e não material (cumplicidade), ou seja, pela geração da ideia de desertar ou pelo incentivo a essa ideia preconcebida pelo autor. Ocorre que aquele que incita ou mesmo faz apologia a crime militar incorrerá em delito próprio, a saber, o de *incitamento* ou o de *apologia* (arts. 155 e 156 do CPM).

Em resumo, portanto, o delito de deserção não admite concurso de pessoas. Caso haja deserção de vários militares, estaremos diante de hipótese de autoria colateral, ocasião em que cada um responderá pelo delito de forma isolada. Diferente seria a reunião com o preparo para a deserção, quando teríamos a hipótese de concerto para a deserção, que veremos a seguir.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** a conduta nuclear é "ausentar-se", que significa afastar-se, furtar-se de estar no lugar em que devia por imposição do dever e do serviço militar, obrigação constituída sob a forma de escala ou sob forma de ordem específica (escrita ou oral). Deve-se ter em mente que a "descrição típica não se refere somente ao militar que se encontra no interior do estabelecimento militar, em serviço ou não, no local onde deve permanecer e dele se ausenta, não mais retornando. Alcança, igualmente, aquele que se encontra afastado momentaneamen-te e não mais retorna à unidade. Por exemplo, o militar que se recolhe à sua residência, no fim de semana, que está de folga fora da unidade e não retorna"**[1269]**.

Esse afastamento deve ser injustificado, sem licença, constituindo, assim, um elemento normativo a ser explorado pelo operador do Direito Penal Militar. Despicienda, no entanto, essa previsão, pois, se o afastamento fosse com anuência de quem de direito, não haveria lesão à objetividade jurídica ora tutelada e, por consequência, não haveria crime.

O tipo penal estabelece um período, além do qual há a configuração da deserção. Durante esse período, fixado em oito dias, o militar não estará em prática delitiva, mas apenas em conduta caracterizadora de transgressão disciplinar. Por não restar nenhuma consequência penal militar ao autor, denomina-se o período em foco *ausência ilegal* ou, mais propriamente, *período* ou *prazo de graça*.

A propósito de designações, o militar que se encontra no octídio precedente à deserção é chamado de *ausente* ou de *emansor*. Como nos lembra Célio Lobão**[1270]**, a designação *emansor* tem raízes no Direito Romano, caracterizando-se por aquele que se ausentava ilegalmente das fileiras, retornando por sua própria vontade. Já o desertor, nessa comparação, interrompia sua ausência com a condução pela força. Hoje, a designação *emansor* resume-se na pessoa que se encontra em ausência ilegal, sem chegar à configuração da deserção.

É delito de mera conduta, e sua detecção deve seguir as disposições do art. 451 do CPPM, cuja aplicação prática tem, recentemente, gerado polêmica. A polêmica, frise-se, ocorre naqueles casos em que o militar inicia o serviço em um dia, terminando-o no dia seguinte, a exemplo de serviço de policiamento ostensivo de doze horas, iniciado às 19:00 h de um dia, com término às 07:00 h do dia seguinte ou então do serviço de guarda do quartel ou de prontidão do Corpo de Bombeiros, de vinte e quatro horas, iniciado às 07:30 h de um dia e findo no dia seguinte, no mesmo horário.

Busquemos evidenciar o problema com um exemplo: um militar está de serviço e seu turno se inicia às 19:00 h do dia 10 do mês de fevereiro, com término do serviço no dia 11 de fevereiro às 07:00 h. Na primeira edição do volume II deste livro, em 2007, firmamos o entendimento de que esse horário de serviço poderia ser trocado por qualquer outro compreendido entre 00:00 h e 23:59 h, sem que isso modificasse os demais desdobramentos. Nossa proposta, na ocasião, seguia a visão de Alexandre Henriques da Costa, aliás, quase unanimemente também presente na jurisprudência, de sorte que era considerado como dia da detecção da falta o dia 10 de fevereiro, muito embora o serviço somente terminasse no dia 11, levando-nos a concluir que à 00:00 h do dia 11,

sem nem mesmo terminar o serviço, teria início a ausência ilegal, cujo registro formal só seria lavrado vinte e quatro horas após seu início, isto é, à 00:00 h do dia 12. Contavam-se, então, oito dias de ausência, ou seja, a partir de 00:00 h do dia 11 até às 24:00 h do dia 18. Assim, a deserção passaria a existir a partir de 00:00 h do dia 19. Graficamente, baseado no autor supracitado teríamos[1271]:

CONTAGEM DA A		
Data 10	Data 00 h 11	Data 00 h 12
Início do serviço do militar faltoso	Início da contagem da ausência ilegal	Elaboraçã da parte de ausência ilegal

Diligências entendidas como ao ausente par		

A compreensão acima, todavia, vinha sofrendo vários ataques, afirmando alguns, não sem razão, que não se poderia iniciar a contagem de ausência ilegal sem que houvesse, primeiro, terminado o serviço, sob pena de a contagem não obedecer ao preceito penal militar do art. 187, já que a contagem, iniciada erroneamente de forma antecipada sem que a falta ao serviço fosse efetivamente detectada, ficaria aquém do octídio legal exigido. Por essa visão, aproveitando o exemplo acima, deve ser considerado como dia da detecção da falta o dia 11 de fevereiro, quando o serviço já estiver findo e sem que o agente compareça, levando à conclusão de que a ausência ilegal seria iniciada à 00:00 h do dia 12, lavrando-se a parte de ausência vinte e quatro horas após seu início, isto é, à 00:00 h do dia 13 e configurando-se a deserção a partir de 00:00 h do dia 20. Graficamente, teríamos:

CONTAGEM DA		
Data	Data	Data

11	00 h 12	00 h 13
Término do serviço do militar faltoso, iniciado em 10 de fevereiro, às 19:00 h	Início da contagem da ausência ilegal	Elabora da parte ausência ilegal
Diligências entendidas como ausente para encontrá-lo nesse		

Essa nova visão, importante ressaltar, ganhou força e hoje encontra precedente judicial. No Estado de São Paulo, nos autos do Processo n. 22.628/98, a cargo da 4ª Auditoria, o Conselho de Justiça Permanente decidiu

unanimemente:

"Por outro lado, entendemos que não pode haver consumação do delito – documentada no termo de deserção – em período menor do que aquele previsto em lei. É o caso dos autos, pois o delito só se consumou à zero hora do dia 02.10.98, já que somente às 7:30 horas de 23.09.98 pôde ser verificada a falta injustificada do réu ao serviço".

No caso em apreço, o militar estava escalado em serviço de guarda do quartel a partir das 19:15 h do dia 22 de setembro de 1998, até às 07:30 h do dia 23 de setembro do mesmo ano, não comparecendo para prestar esse serviço. Segundo a visão do Conselho Permanente, a falta ao serviço seria constatada no dia 23, data em que o serviço terminaria, iniciando-se a ausência ilegal a partir da zero hora do dia 24 de setembro de 1998, com configuração da deserção a partir da zero hora do dia 2 de outubro de 1998. Graficamente, teríamos:

CONTAGEM DA AUS		
Data 23	Data 00 h 24	
Término do serviço do	Início da	Ela

militar faltoso, iniciado em 221915SET98	contagem da ausência ilegal	da au i
Diligências entendidas cor ausente p		

A lavratura do termo de deserção a partir da zero hora de 1º de setembro importaria em contagem aquém do exigido pela lei penal, portanto, prejudicial ao réu e não se configurando o delito.

Caso aplicássemos o entendimento que acompanhávamos anteriormente, a falta ao serviço seria constatada no dia 22, data da escala de serviço, portanto, iniciando-se a ausência ilegal a partir da zero hora do dia 23 de setembro de 1998, com configuração da deserção a partir da zero hora do dia 1º de outubro de 1998. Graficamente, teríamos:

CONTAGEM DA A

Data 22	Data 00 h 23	Data 00 h 24
Início do serviço do militar faltoso	Início da contagem da ausência ilegal	Elaboraçã da parte de ausência ilegal
Diligências entendidas como ao ausente par		

Foi exatamente arrimado nessa visão que o representante do Ministério Público recorreu da decisão do Conselho de Justiça Permanente, alegando que a "classificação de formal dada ao delito de deserção relaciona-se ao resultado pretendido com a conduta criminosa, tratando-se de conceito de direito material e não processual, ficando caracterizado o crime" e, principalmente para o que nos interessa à discussão, que "que o termo *a quo* da contagem do prazo de deserção é o momento em que o miliciano deve se apresentar ao serviço, e não quando deve deixá-lo".

Julgando o caso em 7 de maio de 2009, a Segunda Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob relatoria do Juiz Cel. PM Orlando Geraldi (Ap. Crim. 4.813/00), acatou o entendimento da primeira instância, negando provimento ao recurso ministerial e abrindo o precedente para a novel interpretação. Frise-se, no entanto, que a decisão não foi unânime, sendo vencido o próprio Juiz relator, designando-se para lavrar o Acórdão o Juiz Paulo Prazak.

Exposta a controvérsia, deixamos a cargo do operador do Direito Penal Militar escolher qual a construção que lhe parece mais adequada; contudo, não nos podemos furtar de evidenciar nossa visão atualizada.

Entendemos que as duas interpretações são arrimadas em bons argumentos. De um lado, aqueles que postulam que o dia de constatação da falta ao serviço é aquele em que o militar deveria apresentar-se e não o do término do serviço, já que a escala de serviço se refere a esse dia. De outro, a razoável visão de que não se pode falar em constatação de falta ao serviço sem que haja efetivamente seu término. A solução, assim nos parece, deve ficar, na atual vertente do Direito Penal Militar e sem argumentos incontestáveis em favor de uma ou de outra interpretação, a que mais favorece ao autor do delito (*favor rei*), prevalecendo, assim, o entendimento de que há necessidade de que o serviço seja findo para, só então, à zero hora do dia subsequente, ter início a contagem de ausência. Note-se que assim procedendo a polícia judiciária militar, ainda que outro operador discorde do entendimento adotado, estará, sem dúvida, registrando uma ausência ilegal superior a oito dias, atendendo ao escopo da lei penal militar.

Não há polêmica na contagem, por outro lado, quando o serviço se

inicia e termina no mesmo dia, sendo relativamente fácil a constatação do delito de deserção. Exemplificativamente, tomemos o caso de um militar de serviço de policiamento cujo turno se inicia às 07:00 h do dia 10 do mês de fevereiro, com término do serviço no mesmo dia, às 19:00 h. Será considerado como dia da detecção da falta o dia 10 de fevereiro, levando-nos a concluir que à 00:00 h do dia 11 se iniciará a ausência ilegal, cujo registro formal só será lavrado vinte e quatro horas após seu início, isto é, à 00:00 h do dia 12. Conta-se, então, oito dias de ausência, ou seja, a partir de 00:00 h do dia 11 até às 24:00 h do dia 18, configurando-se a deserção a partir de 00:00 h do dia 19. Graficamente teríamos:

CONTAGEM DA A		
Data 10	Data 00 h 11	Data 00 h 12
Início e término do	Início da contagem	Elaboraçã da parte d

serviço do militar faltoso	da ausência ilegal	ausência ilegal
Diligências entendidas como ao ausente par		

O esquema acima, como se percebe, não só permite a automatização da contagem como ilumina os passos a serem perseguidos pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar para materializar o período de ausência ilegal, aos quais não nos deteremos por entendê-los próprios do Direito Penal Militar adjetivo, e não substantivo, propósito deste trabalho. É preciso que se ressalte, entretanto, que alguns problemas encontrados no registro da contagem são de ordem eminentemente processual, já que, como afirmado, a previsão penal é simples e concisa.

Há os que defendem que o procedimento de deserção é revestido de extrema formalidade, significando qualquer falha no registro uma nulidade que afastará a ocorrência do próprio crime, a exemplo da não confecção de inventários no procedimento de deserção, previsto no § 2º do art. 454 e no *caput* do art. 456, ambos do Código de Processo Penal Militar, ou da não confecção da parte de configuração de deserção de Praça (com ou sem graduação e especial) precedente ao termo de deserção, prevista no § 2º do art. 456 também do CPPM, ou ainda a lavratura do termo de deserção no dia posterior (ou até em maior período) ao da configuração do delito pelo fato de ter-se dado em um final

de semana ou feriado. Em verdade, essas irregularidades, afetas ao procedimento (instrução provisória), não afetam a compreensão material do delito, que poderá ser constatado ainda que existam falhas no registro.

Assim, malgrado a extrema formalidade exigida em alguns órgãos julgadores, o equívoco no registro provisório da deserção somente afetará a concepção do delito se importar em uma contagem aquém do octídio legal exigido pela norma penal – frise-se que o artigo exige o curso de mais de oito dias – resultando em óbvio prejuízo ao acusado.

Nessa linha, é possível amealhar a maioria de julgados, em segundo grau, que entendem o delito configurado, apesar de algumas falhas nos registros de polícia judiciária militar, desde que a irregularidade formal não importe em prejuízo. Vejamos alguns desses julgados.

Inicialmente, tome-se o Acórdão lavrado em sede da, acima mencionada, Apelação Criminal n. 4.813/00, em que o Tribunal de Justiça Militar de São Paulo acolheu o argumento da primeira instância ao entender que "o crime tratado nestes autos é eminentemente formal e, conforme pacífico o entendimento jurisprudencial, vícios relativos aos prazos constantes do termo de deserção, que tenham o *condão de prejudicar o réu*, tornam atípica a conduta e eivam de nulidade insanável todo o processo". (g. n.)

Ainda na mesma Corte, *vide* a Apelação Criminal n. 5.249/03 (Proc. n. 32.896/02, 4ª Auditoria), julgada em 28 de abril de 2005 pela 2ª Câmara, sob relatoria do Juiz Paulo Antonio Prazak:

"O erro material no termo de deserção configura mera irregularidade, não o invalida nem pode afastar o crime. Aplicada a atenuante especial prevista pelo artigo 189, inciso I, do CPM, em virtude da apresentação voluntária do policial militar".

No Superior Tribunal Militar, *vide* a Correição Parcial n. 2000.01.006772-7/AM, julgada em 18 de dezembro de 2000, sob relatoria do Ministro Domingos Alfredo Silva:

"Recurso Criminal. Deserção.

Termo de Deserção lavrado após um ano da consumação do delito, quando da captura do acusado e ato de reinclusão anterior à lavratura do Termo de Deserção.

Irregularidade que não tem o poder de acarretar a nulidade do feito. Trata-se de atos administrativos e não judiciais, logo não podem viciar o processo que se inicia com o recebimento da denúncia.

Não é considerado legítimo o juiz reformar, ulteriormente, o despacho que recebeu a denúncia.

A anulação dos documentos formais obrigatórios da Instrução Provisória de Deserção é da competência do STM, pois possui equivalência ao trancamento do inquérito e da própria ação penal.

Recurso provido, por unanimidade. Desarquivamento do Processo para prosseguimento do feito, por maioria".

Na mesma Corte, *vide* ainda a Correição Parcial n. 2003.01.001864-0/DF, julgada em 26 de agosto de 2003, sob relatoria do Ministro José Luiz Lopes da Silva:

"EMENTA. CORREIÇÃO PARCIAL. ARQUIVAMENTO DE IPD. TERMO DE DESERÇÃO LAVRADO APÓS A APRESENTAÇÃO DO DESERTOR.

Não pode o delito de deserção ser considerado inexistente pelo simples fato de o Termo de Deserção haver sido lavrado no dia após a apresentação voluntária do acusado.

O delito de deserção é definido pelo artigo 187, do CPM, e não por qualquer outro dispositivo do CPPM.

Havendo o militar se apresentado num domingo, no dia seguinte ao prazo de graça, cometeu ele o delito de deserção.

A lavratura do Termo de Deserção é um ato administrativo e não judiciário. A sua lavratura após a apresentação do desertor, não causa nenhuma nulidade, principalmente levando-se em conta que o acusado se apresentou num

domingo, dia em que não funciona a parte administrativa dos quartéis, sendo o Termo lavrado no dia seguinte.

A Correição Parcial arguida pelo Juiz-Auditor Corregedor encontra amparo legal.

Correição Parcial provida para determinar o desarquivamento do IPD, com o consequente encaminhamento dos autos à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, para as providências cabíveis no âmbito de suas atribuições.

Decisão majoritária".

Deve-se ter em mente que o período de graça, em princípio, somente será interrompido pela presença física do ausente na organização militar em que serve. Nesse sentido, não há interrupção da contagem quando o *emansor* entra em contato por telefone (*e-mail* etc.) com sua Unidade. Assim já decidiu o Superior Tribunal Militar na Correição Parcial n. 2002.01.049010-0/RJ, julgada em 13 de junho de 2002, sob a relatoria do Ministro Expedito Hermes Rego Miranda:

"(...) ter entrado em contato telefônico com sua OM durante o período de graça, não descaracteriza o crime de deserção, dado que a apresentação tem um caráter formal, quando do regresso à Unidade, a quem de direito, no caso concreto ao Oficial de Serviço, ao Contramestre, ao Cabo de Dia ou ao Encarregado da Divisão".

Tampouco afasta-se o delito quando, sem motivo relevante, o ausente se apresenta em órgão diverso daquele em que serve. Em mais uma acertada decisão, o Egrégio Superior Tribunal Militar assim decidiu na Apelação n. 2003.01.049515-2/RS, julgada em 7 de maio de 2004, tendo por relator o Ministro Marcus Herndl:

"(...) não está amparado pela excludente de culpabilidade o agente que, alegando enfermidade da esposa, arquiteta inverídica situação de perigo, a fim de isentá-lo do crime de Deserção. Não afasta o crime de Deserção a simples apresentação do agente em outra OM, não se colocando à disposição à prestação de serviço, visando induzir aquelas autoridades em erro quanto a sua situação".

Com efeito, o simples telefonema ou a apresentação do militar em outra Organização Militar diversa daquela em que serve não afastam a presunção de perigo aos bens jurídicos visados pelo crime. À guisa de exemplo, imaginemos um militar do Estado do Rio Grande do Sul que falte ao serviço para passar o carnaval no Rio de Janeiro e, lá chegando, inebria-se com os encantos da "Cidade Maravilhosa" e decide alongar sua estada. Cônscio de seus deveres e sabedor de que após o oitavo dia estará em deserção, às vésperas da configuração do delito, liga para sua Unidade ou se apresenta em um quartel da Milícia carioca. É de questionar se, por acaso, tal conduta pode ser capaz de afastar o perigo ao serviço militar desenvolvido pela Brigada, ou se estamos diante de uma situação em que o risco de descumprimento do dever militar de formalmente se apresentar pronto para o serviço estará afastado. Por óbvio que não.

Todavia, é preciso ressaltar que as linhas acima consignadas não esgotam as possibilidades, havendo casos em que a relevância do motivo da ausência poderá denotar a inexistência do dolo de desertar. Como exemplo, temos os casos de calamidades e de enfermidades familiares em que o militar é forçado a ausentar-se ilegalmente. Tais circunstâncias, obviamente, podem ser comunicadas e constatadas a distância, afastando necessariamente o delito. Tome-se, para reforço da matéria, o julgado trazido por Jorge César de Assis, em que militar federal deserta para tomar as rédeas dos assuntos de família, tendo o pai enfermo e quatorze irmãos menores para cuidar, caracterizando-se, assim, o estado de necessidade exculpante**[1272]**. Deve-se lembrar que pela influência causalista do Código Penal Militar e, por consequência, da adoção de uma estrutura tripartite de crime**[1273]**, o estado de necessidade excludente de culpabilidade afasta o próprio delito, sendo correto afirmar que não houve ilícito penal militar.

Outro bom exemplo de exceção à regra de que o telefonema e a apresentação em outra unidade não interrompem a contagem para o crime de deserção, está no caso de o militar, por motivos de saúde, não poder apresentar-se em sua Unidade, aceitando-se, obviamente, o telefonema ou a apresentação como marco a obstar o caminho para a deserção. Aliás, essa questão foi muito bem avaliada pelo Conselho de Justiça da 1ª Auditoria da Justiça Militar do

Estado de São Paulo, presidido pelo Dr. Ronaldo João Roth e composto pelo Major PM Walter Romano e pelos Capitães PM Marcos Antônio Ramos, Everton Rubens Rodrigues da Cunha e Paulo Fernandes Andrade, nos autos do Processo n. 50.350/08. No caso concreto, o militar do Estado, integrante de uma Unidade sediada na cidade de São Paulo, apresentou-se munido de atestado médico em uma companhia de uma Unidade do litoral paulista, não entendendo a polícia judiciária militar e o digno Representante do Ministério Público que houvesse ocorrido a interrupção da contagem para o crime de deserção. Embora não unanimemente, o réu foi absolvido, utilizando-se como um dos argumentos:

"Ora, verifica-se de pronto que *se o acusado estava ausente ilegalmente, quando de sua apresentação no 39º BPM-I,* e *se o Oficial de Serviço*, como CFP, após constatar sua situação junto ao 3º BPM/M – inclusive *aferindo a regularidade do atestado médico* –, *liberou o réu*, isso evidenciou ***inequivocamente a interrupção da contagem dos dias para configuração da deserção***, caso contrário, deveria o militar ser recolhido cautelar e administrativamente a sua Unidade, pelo cometimento de **falta disciplinar grave** e **atentória à disciplina militar**" (grifo e negrito no original).

No contexto da interrupção da contagem do prazo para a configuração do crime de deserção, questão relevante está na possibilidade ou não de condução coercitiva do emansor para o quartel, com o fito de interromper o cômputo da ausência ilegal**[1274]**.

Comecemos pela busca da definição da natureza jurídica do prazo de graça, tarefa extremamente difícil, porquanto poucos institutos a ele se assemelham.

Podemos nos aproximar da situação em que a lei penal tolera a apropriação de coisa achada – art. 169, II, do CP –, mas ainda assim estaríamos passando ao largo. Note-se que o período de quinze dias, correspondente ao delito acima, é medida de extrema prudência, pois permite ao inventor proceder a coerente investigação no sentido de identificar o real dono da coisa achada. Não há, dessarte, lesão imediata a um bem jurídico, porquanto não se pode dizer que aquele que achou a coisa, de forma imediata, tinha a intenção de dela apropriar-se.

Por outro lado, a simples falta ao serviço constitui lesão ao desempenho da missão da Força Militar, havendo por bem o legislador, diferentemente do Código Penal (art. 323), estipular período definido para a consumação do ilícito, durante o qual o agressor do bem jurídico não estará sujeito aos rigores da sanção penal, salvo, obviamente, se sua conduta encontrar tipificação em outro delito, como o abandono de posto (art. 195 do CPM).

É possível, entretanto, simplificarmos a questão, ao menos sob o enfoque penal militar, se considerarmos o prazo superior a oito dias como elementar do tipo penal. Em outras palavras, temos o período em questão como um elemento objetivo do tipo de deserção, sem o qual o delito não se configura.

Deixamos agora a esfera penal militar para ingressar na disciplinar. Em verdade, pode-se sustentar que, estrita e substancialmente falando, o prazo de graça não se confunde com a ausência ilegal porque pertencem a "cômodos" distintos, embora usemos costumeiramente as expressões como sinônimas.

Ainda que, sob o aspecto temporal, haja coincidência de períodos, a ausência assume posição distinta por ser nitidamente um ilícito administrativo disciplinar.

Com efeito, ao transcender a falta ao serviço (também ilícito disciplinar) e, por consequência, ingressar em ausência, o agente caminha sobre campo diverso do Direito Penal Militar, uma vez que a ele pode ser imposta sanção disciplinar.

A relevância jurídica da ausência é inquestionável, pois se não houver norma expressa para a sua repressão, como no caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo, haverá, certamente, norma de cunho genérico que permita sua persecução. Nesse particular, deve-se sempre ter em conta o princípio da atipicidade ou, como preferimos, da "tipicidade mitigada", já sedimentado em Direito Administrativo. Sobre o assunto, assim aduz Di Pietro**[1275]**: "*...são muito poucas as infrações descritas na lei, como ocorre com o abandono de cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto...*".

Por óbvio, essa primorosa lição afeiçoa-se mais ao funcionalismo

público civil, cabendo o alerta de que os estatutos disciplinares das Forças Militares, como regra, apresentam um rol exemplificativo muito mais amplo (razão pela qual preferimos a expressão “tipicidade mitigada”).

O ausente, portanto, está em cometimento de infração disciplinar que, na Polícia Militar do Estado de São Paulo, à guisa de exemplo, encontra capitulação no n. 73 do parágrafo único do art. 13 da Lei Complementar n. 893, de 9 de março de 2001, falta essa classificada como de natureza grave.

Como pretendeu estatuir o legislador bandeirante, o tipo transgressional em questão decorre da afronta, em maior ou menor grau, dos valores consignados nos incisos IV e V do art. 7º, a disciplina e o profissionalismo, bem como os deveres previstos nos incisos IX e XIII do art. 8º do referido Regulamento. Frise-se, dessa forma, que a ausência ilegal é falta passível de aplicação da sanção disciplinar de demissão, nos termos do que estatui a alínea *c* do inciso II do art. 23 da já citada Lei Complementar, uma vez que revela afronta a deveres e valores policiais militares que, se violenta, denota a incompatibilidade com a função policial militar.

Cumpre esclarecer que na escolha da reprimenda a ser aplicada e em sua dosimetria, deverá a Autoridade Administrativa avaliar, em sua discricionariedade, o grau de turbação dos valores supracitados, bem como ter em conta as circunstâncias pessoais do transgressor e as circunstâncias do próprio evento, já que a falta em questão, por ser grave, poderá ser apenada com sanções mais brandas que a demissão, a saber, a permanência disciplinar e a detenção.

Tenha-se como exemplo dois transgressores que entraram em ausência, tendo o primeiro permanecido ausente por um dia e o outro, por cinco dias, sendo este reincidente na falta e aquele “primário”. Por óbvio não merecem os dois a mesma reprimenda, já que os valores em questão foram turbados em diferentes graus. Do contrário, violar-se-ia a proporcionalidade na dosimetria da pena.

Concorda-se, portanto, em que o ausente está em cometimento de ilícito disciplinar, significando o maior período de ausência uma pena mais

severa.

Paralelamente a essa premissa, deve-se considerar que o militar é, por natureza, disciplinado ao mesmo tempo que disciplinador. Aquele que se desvia das raias indicadas pela disciplina deve ser reconduzido à retidão de atitudes. Portanto, chega-se a uma nova conclusão, qual seja, a de que todo e qualquer militar que tenha contato com o transgressor deve, na esfera de suas atribuições, reconduzi-lo à normalidade.

A condição do superior nessa relação (disciplinador em face de transgressor) é peculiar, porquanto a ele, muito mais do que aos pares, impõe-se a obrigação de corrigir. Essa obrigação é inerente ao Poder Hierárquico e, em alguns estatutos, é digna de previsão expressa.

A Lei Complementar n. 893/2001 foi além. Para a Polícia Militar do Estado de São Paulo, o superior em contato com o transgressor que não adota providências repressoras, dentro de sua atribuição, responderá solidariamente pelo fato transgressor. Assim aduz o n. 1 do § 2º do art. 11:

" Art. 11. (...)

§ 2º O superior hierárquico responderá solidariamente, na esfera administrativa disciplinar, incorrendo nas mesmas sanções da transgressão praticada por seu subordinado quando:

1 – presenciar o cometimento da transgressão deixando de atuar para fazê-la cessar imediatamente".

Ainda que exacerbada e até constitucionalmente questionável, em face do princípio da culpabilidade, a medida acima denota claramente o espírito do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar paulista em indicar o dever de correição de todo superior hierárquico.

Ora, muito embora o ausente já tenha configurado a transgressão em apreço, a sua continuidade transgressional representa um ato de maior afronta aos valores, por consequência um maior gravame em sua condição. Deve também o superior, logicamente, preocupar-se em cessar essa afronta, não só com o escopo de disciplinar, mas também como forma de evitar maior

gravidade e até a consumação do ilícito de deserção, que também agravará a situação disciplinar do agente. Nesse contexto, frise-se que se a missão constitucional, por exemplo, das Polícias Militares é a preservação da ordem pública, e considerando que a ocorrência de um delito turba essa ordem, inconcebível seria sustentar que um militar em transgressão de ausência, caminhando para a prática de um delito de deserção, não deva ser conduzido coercitivamente à sua Unidade ou a outra Organização Militar.

Atuando em sentido contrário, o superior estará em flagrante cometimento de transgressão disciplinar**[1276]**, donde se conclui que *a interrupção da ausência pela condução do infrator ao quartel é obrigação legal do militar, mormente se superior for*.

Interessante indicar que, nas preciosas lições de Célio Lobão**[1277]**, as diligências determinadas para a localização e o retorno do ausente eram imposição da lei processual penal, conforme disciplinava o § 2º do art. 456 do Código de Processo Penal Militar, que literalmente estabelecia que, durante o prazo de graça, "*o comandante da subunidade ou seu correspondente, em se tratando de estabelecimento militar, determinará, compulsoriamente, as necessárias diligências para a localização e retorno do ausente à sua unidade, mesmo sob prisão se assim o exigirem as circunstâncias*".

Note-se que a expressão "mesmo sob prisão" configurava-se em determinação por lei processual de tomada de medida de cerceamento de liberdade decretada pela Autoridade Administrativa, o que nitidamente feria a autonomia dos Poderes, já que a ela, Autoridade Administrativa, compete, por ato discricionário e não arbitrário (logicamente), deliberar pela prisão administrativa de caráter preventivo, instituto de Direito Administrativo Disciplinar**[1278]**.

Acertadamente, portanto, esse dispositivo não vige mais, relegando o legislador a disciplina da formalidade de localização e da condução do ausente aos manuais militares e aos estatutos disciplinares.

Todavia, ainda que não mais exista a previsão em lei processual das diligências necessárias, cabe consignar o espírito do legislador em se preocupar

com tal minúcia.

Entendemos que não foi outro o objetivo, senão o de evidenciar a obrigatoriedade de o militar se conduzir pela estrita observância aos regulamentos e leis afetas à sua função. Melhor esclarecendo, deve o militar policiar-se para cumprir o que o ordenamento jurídico pátrio lhe impõe, entendendo-se como tal não só o que a lei expressamente determina, mas também o que ela indica.

Há, dessa forma, inerente à função militar uma obrigatoriedade de não propiciar a interrupção das atividades cotidianas inerentes ao serviço e, uma vez interrompida, está o miliciano obrigado a voltar de bom grado à sua atividade, demonstrando correção de atitudes, manifestação inequívoca da disciplina.

Alguns podem sustentar que essa condução é ilegal, mas tentemos afastar essa visão.

A turbação da liberdade individual desautorizada por lei implica constrangimento ilegal. Assim rege o art. 146 do CP. Esse constrangimento desautorizado pela lei, quando cometido por funcionário público no desempenho de suas funções, poderá configurar os ilícitos descritos nos arts. 322 e 350 do CP, tipos esses revogados, para alguns, pela Lei n. 4.898/65. Para os servidores militares, semelhante previsão encontramos no art. 222 e naqueles referentes ao abuso de autoridade; também há a aplicação da Lei n. 4.898/65, além de alguns tipos penais constantes do Capítulo VI do Título II do Livro I da Parte Especial do CPM.

Como acima já demonstrado, é obrigação do ausente, por imposição legal, retornar ao desempenho do serviço militar, bem como também é obrigação do militar que encontra o ausente reconduzi-lo à sua Unidade, já que tem como característica de seu cargo o fato de ser disciplinador (muito mais o superior, como já consignado).

Dessarte, havendo obrigação legal respaldando a atuação da autoridade, pensamos estar clara a inexistência dos ilícitos penais acima descritos, já que age, a Autoridade, em estrito cumprimento do dever legal. Nesse sentido, aduz Mirabete**[1279]** sustentando que não há crime de

constrangimento ilegal quando a atitude adotada se impõe como dever do agente, lição que aproveita aos ilícitos penais castrenses semelhantes.

Resta-nos, pois, analisar a condução coercitiva do ausente sob o enfoque da Lei n. 4.898/65.

Evidenciada a obrigatoriedade da condução e sustentada a não ocorrência dos crimes *supra*, entendemos que, com maior proficiência, podemos indicar a atipicidade do fato segundo esse diploma legal.

Com efeito, o delito de abuso de autoridade, evidenciado pelas condutas dos arts. 3º e 4º da lei supracitada, exige um elemento especial para sua configuração, o elemento subjetivo do injusto (dolo específico, na doutrina antiga).

Ora, agindo o condutor dentro de parâmetros aceitáveis, sem que haja a intenção livre e consciente de abusar de sua autoridade, não há falar na ocorrência do ilícito em questão.

Citando Damásio de Jesus, Alexandre de Moraes e Gianpaolo Smanio**[1280]** sustentam que o delito em análise reclama um ânimo específico, praticando as condutas com a consciência de que exorbita, o agente, o poder conferido.

Com precisão cirúrgica, arrematando a ideia acima, citam os autores trecho jurisprudencial com o seguinte conteúdo: "(...) nos abusos de autoridade, o elemento subjetivo do injusto deve ser apreciado com muita perspicácia, merecendo punição somente as condutas daqueles que, não visando à defesa social, agem por capricho, vingança ou maldade, com o consequente propósito de praticarem perseguições e injustiças. O que se condena, enfim, é o despotismo, a tirania, a arbitrariedade, o abuso, como indica o *nomen juris* do crime" **[1281]**.

Nitidamente, aquele que conduz ausente ao quartel não quer exorbitar suas possibilidades por capricho ou vingança, mas, ao contrário, cumpre dever legal de reconduzir um transgressor à disciplina.

Necessário consignar, todavia, que até mesmo essa ação imposta por

dever legal contém nítidos limites.

A ação de turbação desnecessária ou não tolerada constitucionalmente, como no caso do domicílio do ausente, pode redundar em excesso digno de censura penal. Dessa forma, aquele que, ao reconduzir o ausente à sua Unidade, emprega violência necessária (ex.: coloca-o à força dentro da viatura) estará amparado legalmente, o que não ocorrerá se, porventura, vier a desferir socos contra o ausente. Nesse caso, teremos, logicamente, coduta que merecerá repressão penal.

Em relação ao direito de locomoção (liberdade de ir, vir e permanecer) não entendemos, pelas razões acima aduzidas, conduta abusiva a condução coercitiva pura e simples. Significará, entretanto, excesso a obrigatoriedade de permanência do miliciano em recinto fechado e guarnecido por sentinelas, sem que haja formal decretação de recolhimento disciplinar**[1282]**, com a devida comunicação à Autoridade Judiciária competente.

A propósito do citado recolhimento disciplinar, assiste razão o entendimento de que a ausência ilegal é motivo para a decretação desse instituto. No já citado Processo n. 50.350/08, o Conselho de Justiça da 1ª Auditoria da Justiça Militar paulista, assim consignou na sentença:

"De modo contrário, se não fosse significativa a justificativa do réu naquela ocasião, como se disse, deveria ele *ser preso administrativamente*, isso por estar praticando **falta *disciplinar* grave**, de **ausência ilegal**, segundo Regulamento Disciplinar (art. 13, parágrafo único, número 73), portanto, passível de recolhimento cautelar, isso nos termos do artigo do referido Estatuto Disciplinar da Milícia Bandeirante (art. 26, inciso II), por atentar diretamente contra a disciplina militar!!!

Note-se que a *medida disciplinar preventiva* – recolhendo o ausente ilegal ao seu quartel de origem – *não era uma medida discricionária, mas sim vinculada à finalidade de evitar que o militar incorresse na deserção, enquanto no período de graça*.

Assim, se está o militar ausente ilegalmente, porque descumprindo o

seu dever de comparecimento ao quartel, a Polícia Militar não deve ficar inerte diante disso, e *o Comandante do faltoso não precisa esperar a prática do crime propriamente militar da deserção para prendê-lo*, *administrativamente*, o que permitirá não somente a consumação do crime que se avizinha, mas também possibilitará que seu efetivo diminua.

Esperar a consumação do crime de deserção – ainda que para tanto efetuando diligências *desnecessárias* para concitar o desertor a voltar ao quartel e deixando a critério deste cumprir a determinação superior –, acarretará *prejuízo maior* à disciplina da caserna, pois, se consumado o crime e depois de cumpridas as formalidades legais, o desertor *capturado* poderá ser *revertido* ao serviço ativo para só então responder ao processo-crime.

Necessário, pois, que a Polícia Militar *fortaleça* os laços disciplinares nesses casos, bens maiores que devem ser zelados por todos os policiais militares, *desestimulando* a prática da ausência ilegal, para tanto, se necessário, efetuando o recolhimento cautelar do ausente ilegal ao seu quartel, tão logo isso ocorra.

Agindo assim, ou seja, aplicando o Regulamento Disciplinar, isso *diante do fato grave à disciplina*, com o recolhimento do faltoso a sua Unidade, evitar-se-á que o efetivo mingue, por conta da ausência ilegal, como é sabido, além de desestimular essa prática, evitando-se, por consequência, o crime de deserção" (grifo, negrito e itálico no original).

Com efeito, o recolhimento disciplinar, que pode ter outras designações nos diversos regulamentos disciplinares das Instituições Militares, parece ser medida adequada a reprimir a ausência ilegal, antes que se configure a deserção.

Outro exemplo significativo de limitação à condução coercitiva do ausente diz respeito à inviolabilidade do domicílio. Nesse caso, conforme todos sabemos, a permissão constitucional para o ingresso clandestino é sustentada por um rol taxativo, e não exemplificativo, de situações. Portanto, não há amparo legal para o ingresso clandestino em casa apenas para a recondução do ausente ao quartel. Todavia, com a autorização do morador, por exemplo, o pai do militar, será legal o ingresso e a condução coercitiva.

Feitas as necessárias considerações, entendemos, respeitando

construções em sentido oposto, que a condução coercitiva do ausente é conduta lícita, que se impõe como dever legal de todo militar disciplinador.

Outra questão um tanto quanto intrigante diz respeito à possibilidade de concurso de crimes de abandono de posto (serviço ou local de serviço) e deserção. Muitos entendem que, pela identidade dos bens jurídicos tutelados, estaríamos diante de um abandono de posto não punível (*ante factum* não punível), prevalecendo, assim, apenas o delito de deserção. Outros, ao contrário, entendem que deva o abandono prevalecer, tornando-se a deserção um *post factum* não punível.

Como já explanamos ao comentar o art. 149 do CPM (motim), o *post factum* e o *ante factum* não puníveis são modalidades de progressão criminosa *lato sensu*.

No primeiro caso, um fato anterior menos grave é meio necessário para a realização de outro de maior gravidade**[1283]**. Ressaltamos, mais uma vez, que aqui se fala em fato como caminho necessário e não norma como caminho de execução, hipótese em que estaríamos diante de norma subsidiária. Cumpre relembrar que é possível que um crime menos grave absorva um de maior gravidade, circunstância respaldada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos de sua Súmula 17**[1284]**.

Já a segunda hipótese – *post factum* não punível – verifica-se quando o agente, após realizada uma conduta perfeitamente subsumida em um tipo penal, pratica um novo ataque ao mesmo bem jurídico.

Nos casos acima, opera-se a *consunção*. “Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra mais abrangente, aplicando-se somente esta... Por isso, o crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano”**[1285]**. Como se vê, na consunção a análise recai sobre o fato concreto que, previsto em duas normas penais, encontrará subsunção em apenas uma delas (*major absorbet minorem*).

Todavia, não tem sido esse o entendimento do Superior Tribunal Militar, que se tem posicionado pelo concurso material de crimes. Vejamos

algumas decisões:

“*Ementa*: Abandono de posto. Deserção. Crimes de mera conduta, sendo o primeiro de consumação instantânea. Militar que abandona serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo, ausentando-se de sua unidade por tempo superior a 08 (oito) dias. Não há falar em concurso aparente de normas, e em especial em consunção, mas sim em concurso material de crimes” (Apelação (FE) 1993.01.047009-3/PA, rel. Min. Antonio Carlos de Seixas Telles. Rev. Min. Antonio Joaquim Soares Moreira, j. 23-11-1993).

“*Ementa*: Abandono de Posto. Deserção. Crimes de mera conduta, sendo o primeiro de consumação instantânea. Militar que abandona serviço para o qual estava escalado, antes de terminá-lo, ausentando-se de sua OM por tempo superior a 08 dias, comete concurso de crime material e não concurso aparente de normas, consunção, pois abandono de posto não é meio necessário para Deserção” (Apelação (FO) 2000.01.048617-8/RS, rel. Min. Domingos Alfredo Silva. Rev. Min. Aldo da Silva Fagundes, j. 13-3-2001).

Com o devido respeito à Corte Maior da Justiça Militar Federal, entendemos que o caso é sim de concurso aparente de normas a ser solucionado pela consunção. Note-se que a conduta nuclear é “ausentar-se”, o que pode pressupor estar presente, seja em período de serviço não coberto por afastamentos, exceto a folga regular de escala, ou mesmo presente na execução do serviço, sendo o abandono de posto um dos caminhos que levam à deserção. Com efeito, não é um meio necessário e inafastável em todos os casos, mas o é para aquele que se encontra em serviço.

Ademais, não há obrigatoriedade para que se opere a consunção de que o crime absorvido seja meio necessário para o que o consome, apesar de essa ser a regra geral. Nesse sentido, Bacigalupo afirma que a “relação de consunção dá-se quando o conteúdo do ilícito e da culpabilidade de um delito estejam contidos em outro, ou seja, quando ‘a realização de um tipo (mais grave), *pelo menos como regra geral*, abrange a realização de outro (menos grave)’. De ver-se que a relação não é apenas lógica”**[1286]**. Como se observa, há hipótese de consunção não abarcada pela regra geral, guardando relação de caminho necessário.

Em adição, há que frisar que o crime de deserção possui reprovação mais elevada em relação ao abandono de posto, não só pela verificação das penas cominadas[1287], critério falho às vezes, como já demonstramos, mas, principalmente, pela conduta descrita, visto que muito mais grave é abandonar o serviço por mais de oito dias do que abandoná-lo em meio a sua execução.

Derradeiramente, inclinados estamos a concluir que o elemento subjetivo na ocasião da ocorrência dos dois fatos sempre será prevalente para a deserção. Em outros termos, embora a prova nos autos seja de difícil produção, o caminho natural das coisas comanda que o sujeito ativo pense em desertar e, para isso, abandona o serviço (posto ou local de serviço) mas não o oposto, pensando primeiro no abandono e, depois, na deserção.

Por todos os elementos indicados – maior gravidade da deserção em relação ao abandono de posto, ser o abandono de posto o único meio de aquele que está de serviço desertar (não é meio necessário de todos os casos, mas apenas neste exemplo), o fato de a consunção admitir, à exceção, que o crime absorvido não seja caminho necessário daquele que o absorveu e, finalmente, a disposição do dolo no desencadeamento lógico dos fatos envolvendo os dois crimes –, entendemos que apenas deverá vingar a deserção, sendo o abandono *ante factum* impunível.

Importante ponto a ser discutido diz respeito aos casos envolvendo férias ou outro afastamento regulamentar do militar. Obviamente, se esse afastamento ligar-se a motivo de saúde, como veremos abaixo, não haverá elemento subjetivo, afastando, portanto, o crime. Por outro lado, nos demais afastamentos regulares (férias, licença-prêmio, licença não remunerada para assunto particular etc.), três hipóteses distintas podem ocorrer:

1ª) o militar não retorna de tal afastamento – nesse caso o militar encontra-se em afastamento legal e, findo o prazo ou cassada a licença, não se apresenta em sua Unidade. Nesta hipótese poderá haver delito de deserção, porém subsumido pela figura do art. 188 do CPM, abaixo delineada;

2ª) o militar falta ao serviço e, no dia seguinte, estaria de afastamento regular – nesta hipótese a contagem que leva à deserção deve seguir

normalmente, porquanto o seu afastamento, interesse seu, diga-se de passagem, somente se efetivará após o cumprimento da última obrigação antes do período, ou seja, o serviço para o qual estava prévia e nominalmente escalado. Vale dizer que aquele que falta ao serviço não entra em fruição sequencial de férias (licença-prêmio etc.). Aproveitamos essa previsão para consignar que o mesmo ocorre com aquele que estava escalado em dia anterior a final de semana ou feriado prolongado (carnaval, por exemplo) e falta ao serviço para o qual estava escalado, prosseguindo a contagem normalmente;

3ª) por fim, há o caso do militar que, de serviço que ultrapasse a vigésima quarta hora de um dia, está em férias (licença-prêmio etc.) no dia subsequente: neste caso, por exemplo, o militar está escalado no dia 31 de um mês e a Administração lhe concedeu férias a partir do dia 1º do mês seguinte, razão pela qual o militar decide, a contar da 00:00 h do dia 1º, ir embora, permanecendo por mais de oito dias ausente. Nesse caso, pensamos que a solução acima deva ser aqui aplicada, estando o militar em fruição de férias apenas após o término de seu serviço. Por medida de justiça, a Administração Militar deveria deslocar o dia de início, posteriormente, para o dia 2, já que o dia 1º foi preenchido em parte com um período de serviço. Note-se que se o militar deixar o serviço, ocorrerá situação de abandono de serviço (posto ou lugar de serviço), que pensamos ser *ante factum* impunível, como consignamos acima.

Outro ponto que merece destaque está na possibilidade ou não de o militar, em desempenho de função estranha à instituição em que serve, praticar o delito. Para alguns, se o militar estiver à disposição de órgão não-militar, em atividade desvinculada da instituição militar, sua ausência não caracterizará, mesmo excedendo os oito dias, o delito de deserção, pois a objetividade jurídica em apreço (serviço e dever militares) não será maculada.

Exemplo dessa hipótese nos traz Célio Lobão ao afirmar que o "exercício do cargo de delegado de polícia, pelo integrante da Polícia Militar, em localidade do interior de alguns Estados, não atende ao requisito de lugar de serviço, por tratar-se de função de natureza civil, de polícia civil, como têm entendido os Tribunais. Somente haverá deserção se o militar não se apresenta à unidade à qual continua vinculado, no prazo de oito dias, contados a partir da data

da exoneração ou da demissão do cargo de delegado de polícia, se não for fixado prazo para a apresentação”[1288].

Mais uma vez, pedimos licença para destoar do ilustre doutrinador.

Esse raciocínio deve ser feito com muita parcimônia, porquanto o tipo penal não tem como elementar apenas a unidade em que serve, mas também qualquer lugar em que deve permanecer em razão de seu dever. Aliás, deve-se ressaltar que não é só o serviço militar o bem tutelado por essa norma incriminadora, mas, também, o dever militar, o qual pode comandar que o militar desempenhe suas funções em outras searas, alheias àquelas comumente vistas no seio das Instituições Militares.

Assim, se o militar estiver fora do serviço da instituição, agregado, por exemplo, comissionado em cargo que nada guarda com a sua Força Militar, a afirmação acima terá toda razão. Contudo, em uma situação de emergência (ou mesmo em normalidade, mas pela falta de estrutura, como ocorre em alguns municípios) em que a Polícia Militar deva sobrepor, em nome da preservação da ordem pública, a função de outro órgão (Polícia Civil, p. ex.), os seus integrantes estarão, sim, em serviço militar da instituição e poderão cometer o delito em apreço.

Não é absurda a suplantação da falência de outros órgãos, públicos ou não, pela atuação das tropas militares (Forças Armadas, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares). Nesse sentido, no exemplo específico dos militares estaduais, a redação atual da Constituição da República, mais feliz que a redação da Constituição anterior, grafa a expressão *preservação da ordem pública* em vez de *manutenção da ordem pública*, o que significa que, pelo atual texto, além de manter, dar continuidade, as milícias estaduais devem restaurar a ordem pública, o que nos leva à conclusão, como pontuam Soares, Souza e Moretti, de que podem as Polícias Militares (e Corpos de Bombeiros Militares) atuar na esfera de atribuições de outros órgãos policiais, na falência ou inoperância destes[1289].

Nesse diapasão, concluímos que somente as atividades que são alheias às vontades, às necessidades e aos deveres das forças militares não darão ensejo à ameaça ao dever militar, necessária ao crime de deserção.

Finalmente, tome-se que a pena para o delito é de detenção, de seis meses a dois anos, com agravamento se o autor for Oficial. No silêncio da lei em determinar o *quantum* a ser agravado, lança-se mão do disposto no art. 73 do CPM, podendo a pena ser agravada de um quinto a um terço.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de furtar-se ao serviço militar, faltando com o respectivo dever.

Obviamente, aquele que está inconsciente, em coma, por exemplo, não terá dolo de deserção, inexistindo o delito. Da mesma forma, não estará em conduta dolosa, portanto, não estará no caminho da deserção aquele que, por motivo de força maior ou caso fortuito (queda de barreiras, inundações etc.), não pôde comparecer ao local de serviço.

Também estará excluído o dolo quando o agente crê piamente que sua ausência é legal, como no caso do recém-incorporado militar que é liberado para passar período em casa, por uma autoridade militar incompetente, circunstância desconhecida pelo liberado**[1290]**.

• **Consumação:** o delito se consuma quando se completar mais que oito dias inteiros, conforme representação gráfica acima. Dessa forma manifestou-se o Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul, no Acórdão referente à Apelação n. 3.877/2005, sob a relatoria do Juiz Octavio Augusto Simon de Souza: Deserção. Art. 187 do CPM. Crime formal que se consuma com o só fato da ausência do policial militar por mais de oito dias. Réu que ainda foi alertado em casa por superior. Crime caracterizado. Apelo negado”.

A consumação, bom que se ressalte, protrai-se no tempo (crime permanente), estando o desertor, desde a consumação, materializada pelo Termo de Deserção, sujeito à prisão (art. 452 do CPPM).

Nesse sentido, *vide* o reitor julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 80.540/AM, julgado em 27 de novembro de 2000, sob relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

“I. Conflito de leis penais no tempo: cuidando-se de *crime permanente – qual o delito militar de deserção* – aplica-se-lhe a lei vigente ao tempo em que

cessou a permanência, ainda que mais severa que a anterior, vigente ao tempo do seu início.

II. Suspensão condicional do processo, tornada inaplicável no âmbito da Justiça Militar (L. 9.839/99): sua aplicação ao processo por deserção, quando só na vigência da lei nova cessou a permanência do crime, pela apresentação ou a captura do Militar desertor". (g. n.)

Essa visão foi confirmada pela mesma Turma no *Habeas Corpus* n. 80.540/RS, julgado em 30 de outubro de 2007, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

"PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. APELAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ARTS. 125, 129, 132 E 187, TODOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ARTS. 451 E SEGUINTES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO. CRIME PERMANENTE. ORDEM DENEGADA.

I – *O crime de deserção é crime permanente*.

II – A permanência cessa com a apresentação voluntária ou a captura do agente.

III – Capturado o agente após completos seus vinte e um anos, não há falar na aplicação da redução do art. 129 do Código Penal Militar.

IV – Ordem denegada". (g. n.)

Necessário indicar, apesar de nossa anuência em classificar a deserção como crime permanetente, que há julgados dispondo no sentido de que esse delito é instantâneo de efeitos permanentes. Por todas, *vide* a visão já sustentada no Superior Tribunal Militar, na Correição Parcial n. 1999.01.001640-0/RJ, julgada em 26 de outubro de 1999, sob relatoria do Ministro Carlos Eduardo Cezar de Andrade:

"PRISÃO PROVISÓRIA DE DESERTOR. RELAXAMENTO ANTECIPADO. 'ERROR IN PROCEDENDO' HAVIDO NO 1º GRAU. PRAZO LEGAL PARA JULGAMENTO COM RÉU PRESO QUE SE VERIFICA, 'IN

CASU', COMO TRANSCORRIDO. INÉRCIA DO ESTADO. Apontamento ministerial de ato tumultuário ocasionado com decisão 'a quo' concessiva de liberdade, antes de concluso o prazo prisional de que trata o art. 453 do CPPM, a elemento incurso no art. 187 do CPM. A deserção, além de ser ilícito propriamente militar, se caracteriza, ademais, como *crime instantâneo de efeito permanente*, sub-metendo-se o declarado desertor, 'in continenti', à prisão em flagrante delito, restando legalmente fixado em sesseta (60) dias o lapso temporal em que deverá aguardar preso o respectivo julgamento. Inteligência cristalina dos arts. 243, 452 e 343 do CPPM, consoante o previsto 'in fine' do inciso LXI do art. 5º da CF. A liberdade decretada antecipadamente pelo Juízo da 1ª Aud/1ª CJM desconsiderou, inclusive, a Súmula n. 10 do STM. Assiste concreta razão ao inconformismo demonstrado, 'in casu', pelo 'Parquet' Militar. Todavia, observa-se como já decorrido, por inércia do Estado, o período no qual caberia de se ver julgado o desertor enquanto no cumprimento de sua prisão provisória para tanto, motivo esse que se converte na própria impossibilidade do Estado julgá-lo, agora, na condição de aprisionado. Consequentemente revela-se a vertente 'quaestio' com perda de objeto, indeferindo-se, por conta disso, a pretensão correicional 'in tela'. Decisão por unanimidade". (g. n.)

Também na doutrina é possível encontrar posições no sentido de que o crime de deserção é crime instantâneo. Por todos, *vide* Cláudio Amin Miguel e Nelson Coldibelli, que expõem:

"Importante salientar que, apesar de o artigo dispor sobre a prisão do 'desertor', esta se justifica pelo dispositivo constitucional, previsto no inciso LXI do art. 5º, que permite a custódia, independente de autorização judicial, nos crimes propriamente militares, ou seja, que só podem ser cometidos por militares. Acrescente-se, ainda, o disposto no artigo 452 do CPPM. Entretanto, não se admite a prisão do 'desertor' em seu domicílio, sem o competente mandado de busca domiciliar, pois entendemos, assim como o Superior Tribunal Militar, que se trata de delito instantâneo, e não de crime permanente"[1291].

- **Tentativa:** por ser crime unissubsistente, é impossível.

- **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

2.2. Casos assimilados

• **Tipo legal**

Art. 188. Na mesma pena incorre o militar que:

I – não se apresenta no lugar designado, dentro de oito dias, findo o prazo de trânsito ou férias;

II – deixa de se apresentar a autoridade competente, dentro do prazo de oito dias, contados daquele em que termina ou é cassada a licença ou agregação ou em que é declarado o estado de sítio ou de guerra;

III – tendo cumprido a pena, deixa de se apresentar, dentro do prazo de oito dias;

IV – consegue exclusão do serviço ativo ou situação de inatividade, criando ou simulando incapacidade.

• **Objetividade jurídica:** aqui, qual no delito anterior, tutelam-se o serviço militar e o dever militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo deste delito também deve ser o militar (federal ou estadual), que deve ser compreendido, nos termos do art. 22 do CPM, como o militar em situação de atividade.

Também é delito de mão própria, não admitindo a coautoria, mas apenas a participação. Contudo, como ocorre na previsão do art. 187, I a III, pela impossibilidade de uma participação material no delito (cumplicidade), as hipóteses de participação são subsumidas por delitos autônomos, a saber, os de

incitamento ou de *apologia* (arts. 155 e 156 do CPM).

Já no caso do inciso IV, em que podemos representar uma participação material, é possível vislumbrar a figura do partícipe. Por exemplo, será partícipe aquele que auxiliar o autor a trazer aparente veracidade ao engodo que conduz à inatividade.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** nos chamados "casos assimilados", ao que Célio Lobão prefere designar "deserção após ausência autorizada"**[1292]**, basicamente, são aproveitáveis ao estudo deste tipo os elementos consignados no art. 187, porém com algumas distinções.

Inicialmente, a principal diferença repousa no fato de que, enquanto a deserção prevista no artigo anterior tinha como termo inicial a falta ao serviço, aqui, particularmente nos incisos I a III, ela tem início com o não retorno de qualquer afastamento regulamentar (por término do período ou por cassação), após cumprimento de pena ou após a decretação de estado de sítio ou guerra. Vejamos cada um desses elementos.

No inciso I, o militar legalmente afastado não se apresenta no lugar designado dentro de oito dias findo o prazo de trânsito ou férias.

Trânsito consiste no afastamento legal do militar que, em razão de classificação em outra unidade, deve deslocar-se para a assunção de seu novo encargo. As Instituições têm regras próprias para a concessão de trânsito, geralmente sendo cabível quando a transferência do militar for para órgão de considerável distância em relação àquele em que servia antes da movimentação. Como exemplo, para os militares federais, o art. 64, IV, da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), fixa em trinta dias o período de trânsito.

Férias, não é preciso longo delineamento; consiste no regular afastamento daquele que, após período aquisitivo, faz jus ao direito constitucional grafado no inciso XVII do art. 7º, ratificado pelo inciso VIII do § 3º do art.

142 também da Lei Maior.

No inciso II, o militar legalmente afastado deixa de apresentar-se à autoridade competente, dentro do prazo de oito dias, contados daquele em que termina ou é cassada a licença ou agregação ou em que é declarado o estado de sítio ou de guerra.

Licença é a autorização para afastamento total do serviço, em caráter temporário, concedida ao militar, obedecidas as disposições legais e regulamentares. O art. 67 do Estatuto dos Militares traz as espécies de licença para os militares federais. No caso dos militares do Estado, cada Unidade Federativa possui normatização própria, devendo a palavra “licença” ser entendida como gênero do qual há várias espécies, como núpcias, luto, licença-prêmio, dispensa de serviço (sem comparecimento), dispensa como recompensa etc.

Outro elemento diz respeito à agregação.

Agregação, por concepção em âmbito federal, é a situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número (art. 80 do Estatuto dos Militares), conceituação que coincide com a definição do n. 3 do art. 2º do Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), aprovado pelo Decreto federal n. 88.777, de 30 de setembro de 1983. A agregação se alcança por vários motivos, que variam de acordo com o âmbito de aplicação. Apenas para exemplificar, a licença para tratar de assunto particular por prazo mínimo de seis meses resultará, em âmbito federal, em agregação, nos termos do art. 82, III, do Estatuto dos Militares. No Estado de São Paulo há previsão correlata no art. 5º, V, do Decreto-Lei estadual n. 260, de 29 de maio de 1970.

De qualquer forma, deve-se ter em mente que, nos casos trazidos pelos incisos I a III, estamos diante de um rol exemplificativo, e não taxativo**[1293]**.

No inciso em estudo, ademais, temos a circunstância de suspensão de afastamento regular em caso de estado de sítio ou de estado de guerra declarados.

Dentro do Sistema de Defesa do Estado e das Instituições, a Constituição Federal consagra, ao lado do estado de defesa, o estado de sítio, como manobra de contenção de forças agressivas ao Estado Democrático de Direito.

O estado de defesa "é uma modalidade mais branda de estado de sítio e corresponde às antigas medidas de emergência do direito constitucional anterior e não exige para sua decretação, por parte do Presidente da República, autorização do Congresso Nacional. O Decreto presidencial deverá determinar o prazo de sua duração; especificar as áreas abrangidas e indicar as medidas coercitivas, nos termos e limites constitucionais e legais"**[1294]**. A previsão constitucional deste instituto está no art. 136. Embora o estado de defesa não interesse diretamente ao inciso estudado, sua decretação poderá ensejar a cassação de licença ou de agregação, quando a situação encontraria subsunção na primeira parte do inciso II.

Já o estado de sítio, este sim interessante ao estudo do tipo penal militar em relevo, "corresponde à suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, apresentando maior gravidade do que o estado de defesa e obrigatoriamente o Presidente da República deverá solicitar autorização da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para decretá-lo"**[1295]**. A previsão do estado de sítio está nos arts. 137 e seguintes da CF.

Dão ensejo à decretação do estado de sítio a comoção grave de repercussão nacional ou a ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa (art. 137, I, da CF) ou declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (art. 137, II, da CF). Obviamente, na segunda possibilidade, a simples declaração de guerra basta para a contagem de deserção, não sendo necessário, apenas nesse caso, que haja a posterior decretação de estado de sítio.

As medidas tomadas durante o estado de sítio, em função de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, poderão ser: a) obrigação de permanência em localidade determinada; b) detenção em edifício

não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; c) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; d) suspensão da liberdade de reunião; e) busca e apreensão em domicílio; f) intervenção nas empresas de serviços públicos; g) requisição de bens. No caso de guerra ou de agressão estrangeira, em tese, todas as garantias constitucionais poderão ser restringidas, desde que presentes três requisitos constitucionais: 1) necessidade de efetivação da medida; 2) tenham sido objeto de deliberação por parte do Congresso Nacional no momento da autorização da medida; 3) estejam expressamente previstas no Decreto presidencial**[1296]**.

Pois bem, nessa situação de excepcionalidade, uma vez decretado o estado de sítio, o militar deve retornar imediatamente ao quartel, sob pena de início, à 00:00h do dia subsequente à decretação, de contagem de ausência ilegal. Ainda que não haja em cada Instituição Militar norma específica sobre o retorno após o estado de sítio, tal obrigação se infere da previsão do art. 188, II, do CPM.

A declaração de guerra, e sobre ela já discorremos ao comentar os arts. 136 e 140, também impõe a obrigação de retorno imediato do militar licenciado, de folga etc. à caserna, sob pena de início, à 00:00h do dia subsequente à declaração, de contagem de ausência ilegal. Importante apenas ratificar que a competência para declarar a guerra ou celebrar a paz é conferida à União (art. 21, II, da CF), sendo o representante dotado constitucionalmente desse poder o Presidente da República (nos termos do art. 84, XIX e XX, da CF), após a autorização do Congresso Nacional (competência exclusiva), nos termos do art. 49, II, da Lei Maior.

A expressão *autoridade competente*, presente no inciso II do art. 188, aplicável a todas as possibilidades do inciso (término ou cassação de licença ou de agregação, decretação de estado de sítio ou declaração de guerra), é elemento normativo a ser aferido pelo aplicador do Direito Penal Militar. Todavia, entendemos que deva haver maior flexibilidade na compreensão dessa expressão em favor do agente, porquanto haverá hipóteses em que o militar não estará apto a se apresentar em sua unidade. Assim, em caso de guerra declarada, por exemplo, um militar que serve no Rio Grande do Sul poderá estar em fruição de licença-prêmio no Estado do Maranhão, o que, pelas circunstâncias

emergenciais, poderá significar impeditivo para sua apresentação a corpo de tropa gaúcho. Nesse caso, por óbvio, a expressão "autoridade competente" deve abranger toda autoridade que possa constatar que o militar não faltou com seu dever de se apresentar para a defesa da Nação, inclusive, em casos bem específicos, uma autoridade civil. Note-se que com essa afirmação não estamos entrando em contradição com nosso raciocínio acerca da apresentação capaz de interromper a contagem de ausência para a deserção do art. 187, porquanto lá não tínhamos a situação excepcional que aqui temos.

Uma questão intrigante que pode ocupar a mente do estudioso reside na obrigatoriedade de o militar do Estado retornar ao serviço, sob pena de cometimento da deserção em estudo, quando da decretação de estado de sítio em localidade longínqua daquela em que serve. Para responder a essa indagação, devemos ter em mente que a decretação de estado de sítio precede a definição do local de sua abrangência, nos termos do art. 138 da CF, que assim dispõe, *in verbis*: "O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, *depois de publicado*, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas". (g. n.) Dessa forma, é possível compreender que o estado de sítio, no momento de sua decretação, tem abrangência nacional, havendo restrição de efeitos a uma localidade apenas após a publicação do decreto. Nesse contexto, por exemplo, um militar do Estado do Pará, ao ter ciência da decretação de estado de sítio em razão de uma comoção intestina no Paraná, deverá retornar imediatamente ao seu serviço, sob pena de contagem para deserção, em face da abrangência nacional dessa decretação.

Outro ponto relevante a ser anotado cinge-se à decretação de estado de sítio ou declaração de guerra no momento em que o militar já está em ausência ilegal, portanto, caminhando para a consumação do delito capitulado no art. 187. Neste caso, indica Célio Lobão, acertadamente, que deve a contagem referente ao art. 187 ser obstada, iniciando-se nova contagem do prazo de graça, agora com base no art. 188, II, do CPM[1297].

Por último, no inciso III, o militar, tendo cumprido uma pena por crime (comum ou militar), deixa de apresentar-se, dentro do prazo de oito dias, na unidade em que serve. Deve-se ter em mente que não trata o inciso em

apreço de término de período em prisão provisória, mas de período de cumprimento de pena, com decisão transitada em julgado em que conste condenação por ilícito penal comum ou militar. As demais hipóteses de recolhimento ao cárcere (prisão civil ou prisão provisória – prisão em flagrante delito, prisão temporária etc.) importarão, em regra, em agregação do militar, enquadrando-se o fato no inciso anterior**[1298]**.

A contagem do octídio também é muito simples, iniciando-se a ausência à 00:00 h do dia seguinte ao último dia de afastamento regular do militar. Note-se que, diferentemente do art. 187, nos incisos I a III, a lei fala em oito dias, e não mais que oito; portanto, o primeiro dia em que o militar deveria estar no quartel já é o primeiro de ausência ilegal. Alguns operadores têm confundido essa aferição, considerando o primeiro dia após o afastamento como um dia de falta ao serviço, somente iniciando a contagem no dia posterior, à 00:00h.

Vejamos, pois, um exemplo para trabalhar de modo gráfico, aproveitando, para tanto, o já grafado esquema de Alexandre Henriques da Costa**[1299]**, adaptando-o à nossa demonstração: um militar, que trabalha no expediente administrativo, está em fruição de férias até (ou tem sua licença cassada em, ou cumpre pena até) o dia 10 do mês de fevereiro, não comparecendo para reinício de suas atividades em 11 de fevereiro. À 00:00 h do dia seguinte ao último dia de afastamento legal, ou seja, do dia 11, inicia-se a ausência, cujo registro formal só será lavrado vinte e quatro horas após seu início, quer dizer, à 00:00 h do dia 12. Contam-se, então, oito dias de ausência a partir de 00:00 h do dia 11 até às 24:00 h do dia 18. Assim, a deserção passará a existir a partir de 00:00 h do dia 19.

Vejamos o exemplo graficamente:

CONTAGEM DA

Há, por óbvio, casos em que a contagem não será tão evidente como a acima descrita, por exemplo, do militar que trabalha em escala de 12 horas de serviço por 36 horas de folga e estando em fruição de férias. Caso seu primeiro dia de serviço em escala coincida com o primeiro dia de serviço após o retorno de férias, a contagem seguirá o esquema acima, sem nenhum problema de compreensão.

Por outro lado, pode ocorrer que a Administração Militar, durante as férias do militar, tenha sentido a necessidade de mudá-lo de dia de serviço, de sorte que seu primeiro dia de serviço após as férias, se cumprida sua antiga escala, seria seu dia de folga no serviço que presta regularmente, mas, em função da mudança por conveniência da Administração Militar, passe a ser um dia de serviço em nova escala regular. Nesse caso, se o militar for avisado da mudança em escala, será possível a contagem de ausência ilegal como comanda o art. 188 do CPM, contudo, se o militar não for avisado dessa mudança – levando em consideração que, dadas as peculiaridades do serviço militar que fazem dessas mudanças situações corriqueiras, é obrigação do militar fazer contato prévio com sua Administração para verificar se sua escala continua a mesma quando do retorno de suas férias – conveniente e adequado entender a situação como conduta subsumida no art. 187 do CPM, e não no art. 188 do mesmo *Codex*. Em outras palavras, o primeiro dia após as férias não será compreendido como primeiro dia de ausência ilegal, mas como dia de serviço, cuja falta ensejará, a partir da zero hora do dia seguinte, o início da contagem de ausência.

O inciso IV, por último, não se enquadra materialmente nos casos de deserção, mas constitui uma modalidade autônoma de delito, que poderia muito bem ter outro *nomen juris*, a exemplo de *obtenção de inatividade por simulação ou geração de incapacidade*.

Nessa modalidade, o militar, para furtar-se à prontidão para emprego, cria (promove, proporciona) ou simula (finge, disfarça) incapacidade (física ou mental) para passar para a inatividade (no caso do militar de carreira) ou ser excluído do serviço ativo (aquele que cumpre serviço militar obrigatório).

Como não há a contagem de oito dias, não se lavra, na visão de Célio

Lobão, Termo de Deserção, devendo o fato ser apurado por Inquérito Policial Militar, para que se comprove a simulação ou a geração de incapacidade, inclusive com perícias médicas[1300]. Discorda dessa visão Jorge César de Assis, para quem “no caso do art. 188, IV, não há termo de ausência, mas haverá o de deserção, lavrado logo no momento em que for conhecida a fraude, ainda que o sujeito ativo esteja presente a esse ato”[1301], postulando, ademais, que, se a exclusão já tiver sido efetivada, “o Termo de Deserção deverá ser lavrado de imediato, mesmo que as autoridades saibam onde o autor se encontra, ficando, desde logo, o desertor, sujeito à prisão”[1302].

Com efeito, a lei processual penal militar, em seu art. 451, de forma equivocada, não distingue o procedimento adequado para a deserção do art. 188, IV, sendo lógica a visão de Jorge César de Assis. Impossível, contudo, é a total apuração do delito em apreço pelo Termo de Deserção, que se exaure em si mesmo, apenas indicando as provas anexas. Portanto, deve preceder o Termo de Deserção algum procedimento que comprove a simulação ou a criação de incapacidade, o que nos leva a postular uma visão intermediária para a questão, da seguinte ordem: uma vez havendo a suspeita de simulação ou de criação de incapacidade, a Instituição Militar, em alinho com sua legislação e regulamentos, deve proceder à instauração de procedimento para averiguar o caso (sindicância, p. ex.) e, com a comprovação, adotar as medidas cabíveis em âmbito administrativo, de acordo, também, com a permissibilidade legal de cada Instituição, podendo haver, por exemplo, reversão à atividade pela anulação do ato de reforma, mantença da decisão de reforma, porém, com revisão de direitos (vencimentos proporcionais em vez de integrais) etc.; findo o procedimento e comprovada a simulação ou geração de incapacidade, a autoridade de polícia judiciária competente, geralmente coincidente com aquela que determina a apuração do fato administrativo, lavrará o Termo de Deserção, com base no procedimento – que, ressaltamos, não apura o crime, mas o fato administrativo de reforma indevida –, anexando-o e encaminhando ao juízo competente; no citado Termo, que terá como anexo o procedimento apuratório, constará a condição de desertor do militar a partir do ato de reforma, ficando ele, desde então, nos termos do art. 452 do CPPM, sujeito à prisão.

Com base no que foi dito, é preciso que se aponte que o problema que

buscamos solucionar tem importância processual, e não penal. Sob o enfoque material, o crime estará configurado com a passagem para a inatividade (reforma) do militar. Por outro lado, complicado se torna postular simplesmente que o crime ocorreu sem dar ao operador do Direito a ferramenta de constatação, sendo esse o motivo que nos levou a idealizar o acima exposto.

A expressão "exclusão do serviço ativo" refere-se ao militar da ativa em prestação de serviço militar obrigatório, razão pela qual é adequada para as Forças Armadas. Na verdade, não se está no tipo em estudo falando de toda e qualquer exclusão do serviço ativo, mas somente daquela gerada pela desincorporação do militar. Nos termos do art. 94, VII, do Estatuto dos Militares (Lei n. 6.880, de 1980), uma das formas de exclusão do serviço ativo é a desincorporação. A desincorporação está traçada em minúcias no § 2º do art. 31 da Lei do Serviço Militar (Lei n. 4.375, de 17-8-1964), e ocorrerá *por moléstia em consequência da qual o incorporado venha a faltar ao serviço durante 90 (noventa) dias, consecutivos ou não* (alínea "a"); *por moléstia ou acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz para o Serviço Militar; o incorporado nessas condições será excluído e isento definitivamente do Serviço Militar* (alínea "c"). É desses casos, obviamente, que trata a lei penal militar, ainda que na primeira hipótese haja situação de incapacidade temporária.

No que concerne ao militar da ativa de carreira, e aqui se enquadram as milícias estaduais, a inatividade considerada é aquela definitiva, sem possibilidade de retorno ao serviço ativo, entenda-se, a reforma por incapacidade. Não está compreendida pelo tipo, portanto, a inatividade temporária (para militares de carreira), como licenças por motivo de saúde que geram a agregação, prevista na legislação de alguns Estados, como o de São Paulo**[1303]**.

A propósito da *agregação*, como já dissemos, por concepção em âmbito federal, é a situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número (art. 80 do Estatuto dos Militares), conceituação que coincide com a definição do n. 3 do art. 2º do Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), aprovado pelo Decreto federal n. 88.777, de 30

de setembro de 1983. Portanto, nessa concepção, ratificamos, aquele que simula ou gera incapacidade, obtendo com isso a agregação, não estaria praticando o delito em apreço.

Ainda que em alguns Estados a figura do agregado seja considerada militar em inatividade temporária, a obtenção dessa *conditio* de forma simulada ou geração de incapacidade não preenche o tipo penal em estudo, uma vez que ao trazer o termo "inatividade" – próprio para o militar de carreira, ressaltamos – a lei penal quer significar inatividade definitiva, ou seja, a reforma por incapacidade física ou psíquica, excluindo, pois, o caso de inatividade temporária. Assim, sacramentando, não estão abrangidas pelo tipo penal as possibilidades de licenças temporárias que gerem ou não agregação para tratamento de saúde**[1304]**.

A reserva afeta aos militares de carreira**[1305]**, espécie de inatividade definitiva com possibilidade de reversão ao serviço ativo, também não preenche o tipo penal em estudo, porquanto aquele que passa para a inatividade por incapacidade não o faz pelo estágio intermediário da reserva, mas sim diretamente alcançando a reforma**[1306]**, sem possibilidade de reversão à atividade.

• **Elemento subjetivo:** no caso particular dos incisos I a III, só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de não comparecer ao quartel em oito dias, após a ocorrência de um dos fatos consignados nos incisos.

Aqui também, obviamente, a inconsciência, o motivo de força maior ou o caso fortuito excluem o elemento subjetivo, afastando o delito.

Da mesma forma, estará excluído o delito quando o agente deixa de comparecer em oito dias, após um dos fatos trazidos pelos incisos, por ter sido dispensado de comparecer por autoridade incompetente, desde que creia piamente na legalidade dessa dispensa.

No caso do inciso IV, o dolo exigido é diverso, consubstanciando-se em um elemento subjetivo especial do tipo (antigo dolo específico), caracterizado pela ação de simulação ou geração de incapacidade voluntária e com o escopo de alcançar a inatividade ou exclusão do serviço ativo.

• **Consumação:** no caso dos incisos I a III, o delito se consuma quando se completarem mais que oito dias inteiros, a contar dos fatos consignados pelos incisos.

No que tange ao inciso IV, o delito se consuma com o alcance da exclusão do serviço ativo ou com a reforma do militar.

• **Tentativa:** no caso dos incisos I a III, por se tratar de crime unissubsistente, a tentativa é impossível.

Já no caso do inciso IV, admite-se a tentativa, *v. g.*, se descoberta a farsa ou a criação de motivo antes da exclusão ou da inatividade.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

2.3. Atenuante e agravante especiais

• **Tipo legal**

Art. 189. Nos crimes dos arts. 187 e 188, n. I, II e III:

Atenuante especial

I – se o agente se apresenta voluntariamente dentro em oito dias após a consumação do crime, a pena é diminuída de metade; e de um terço, se de mais de oito dias e até sessenta;

Agravante especial

II – se a deserção ocorre em unidade estacionada em fronteira ou país

estrangeiro, a pena é agravada de um terço.

Comentários:

Pouco há a explicar acerca da atenuante e da agravante especiais, bastando uma simples leitura dessas circunstâncias especiais de diminuição e de aumento de pena.

A atenuante beneficia o desertor que se apresenta por sua livre e espontânea vontade (mesmo que não tenha sido dele a ideia de se apresentar, bastando que o tenha feito sem coação) no prazo de até oito ou de até sessenta dias contados do dia em que passou a essa condição, ou seja, em que se configurou a deserção.

Já a agravante pune com maior rigor o fato de a deserção se dar em unidade militar sediada na fronteira, uma vez que essa conduta implica existir, em ponto estrategicamente sensível, um combatente a menos em condições de emprego e, por consequência, diminuir a capacidade de pronto emprego daquela tropa que, ao final, está encarregada da defesa territorial da nação. Da mesma forma, agrava-se a pena se a deserção ocorrer no estrangeiro, pois, além de comprometer o efetivo que lá está em missão, compromete também a força militar, o nome e a imagem do País em âmbito internacional. Obviamente, o termo "fronteira" remete à divisão (imaginária ou física, natural ou artificial) existente entre o Brasil e outro Estado Nacional, e não àquela existente entre Unidades da Federação.

2.4. Deserção especial

• Tipo legal**[1307]**

Art. 190. Deixar o militar de apresentar-se no momento da partida do navio ou aeronave, de que é tripulante, ou do deslocamento da unidade ou força em que serve:

Pena – detenção, até três meses, se após a partida ou deslocamento se apresentar, dentro de vinte e quatro horas, à autoridade militar do lugar, ou, na

falta desta, à autoridade policial, para ser comunicada a apresentação ao comando militar competente.

§ 1º Se a apresentação se der dentro de prazo superior a vinte e quatro horas e não excedente a cinco dias:

Pena – detenção, de dois a oito meses.

§ 2º Se superior a cinco dias e não excedente a oito dias:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

§ 2º-A. Se superior a oito dias:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Aumento de pena

§ 3º A pena é aumentada de um terço, se se tratar de sargento, subtenente ou suboficial, e de metade, se oficial.

• **Objetividade jurídica:** o presente dispositivo busca a tutela do serviço militar que deixará de ser cumprido quando o autor desertar. Protegem-se ainda o dever militar, o comprometimento, a vinculação do homem aos valores éticos e funcionais da caserna e de sua profissão.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo deste delito também deve ser o militar (federal ou estadual), compreendido, nos termos do art. 22 do CPM, como o militar em situação de atividade.

Também é delito de mão própria, não admitindo a coautoria, mas apenas a participação. Da mesma forma que ocorre na previsão do art. 187, entretanto, pela impossibilidade de uma participação material no delito (cumplicidade), as hipóteses de participação são subsumidas por delitos autônomos, a saber, de *incitamento* ou o de *apologia* (arts. 155 e 156 do CPM).

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** antes de ingressar no estudo do delito do art.

190, cumpre-nos enfrentar uma questão muito debatida na doutrina, concernente à alteração do dispositivo pela Lei n. 9.764, de 18 de dezembro de 1998.

A redação original do art. 190 dispunha:

"Art. 190. Deixar o militar de apresentar-se no momento da partida do navio ou aeronave, de que é tripulante, ou da partida ou do deslocamento da unidade ou força em que serve:

Pena – detenção, até três meses, se após a partida ou deslocamento, se apresentar, dentro em vinte e quatro horas, à autoridade militar do lugar, ou, na falta desta, à autoridade policial, para ser comunicada a apresentação a comando militar da região, distrito ou zona.

§ 1º Se a apresentação se der dentro de prazo superior a vinte e quatro horas e não excedente a cinco dias:

Pena – detenção, de dois a oito meses.

§ 2º Se superior a cinco dias e não excedente a dez dias:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

§ 3º Se se tratar de oficial, a pena é agravada".

Essa redação, como anota Célio Lobão, não cominava pena à condição em que o militar se apresentasse ou fosse capturado a partir do décimo dia, fato que gerou comportamento não pacificado por parte do Superior Tribunal Militar**[1308]**, que findou, com base em visão do Excelso Pretório, absolvendo réu por atipicidade do fato, em favor do princípio da legalidade**[1309]**.

A Lei n. 9.764/98, pretendendo suprir essas omissões e sob a rubrica de "alteração" da redação do art. 190 do CPM, dispõe:

"Art. 1º O art. 190 do Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Deserção especial

'Art. 190. Deixar o militar de apresentar-se no momento da partida do

navio ou aeronave, de que é tripulante, ou do deslocamento da unidade ou força em que serve:' (NR)

'Pena – detenção, até três meses, se após a partida ou deslocamento se apresentar, dentro de vinte e quatro horas, à autoridade militar do lugar, ou, na falta desta, à autoridade policial, para ser comunicada a apresentação ao comando militar competente'. (NR)

(...)

'§ 2º Se superior a cinco dias e não excedente a oito dias:' (NR)

(...)

'§ 2º-A. Se superior a oito dias:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos'.

'Aumento de pena

'§ 3º A pena é aumentada de um terço, se se tratar de sargento, subtenente ou suboficial, e de metade, se oficial.' (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".

Essa redação, segundo ainda Célio Lobão, trouxe mais lacunas ao dispositivo, porquanto o texto, embora o art. 1º da Lei supracitada mencione alteração, foi, em verdade, substituído e, dessa forma, eliminou o legislador o § 1º, ao mesmo passo que não cominou pena para o § 2º. Nesse diapasão, conclui o mestre, tomando por base a Lei Complementar n. 95/98**[1310]**: "se o militar não se apresentar após 24 horas e antes de 5 dias ou por tempo superior a 5 e não excedente a 8 dias, não haverá crime de deserção"**[1311]**.

Data maxima venia, mais uma vez ousamos discordar do renomado doutrinador, pois entendemos sua análise da Lei Complementar n. 95/98 equivocada. O fato de a ementa da Lei consignar alteração e não substituição não é incongruente com a substituição de texto de lei, nos termos do art. 12 da referida Lei Complementar, que dispõe que a alteração de lei será feita *por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de*

dispositivo novo, desde que observadas algumas regras (inciso III do art. 12).

De fato, portanto, o art. 190 do CPM teve sua redação alterada, não com mera substituição, como postula Célio Lobão, mas com dispositivos que trouxeram nova redação, daí a inscrição "(NR)" em frente ao novo texto do *caput* e seu preceito secundário e dos §§ 2º e 3º, alinhando-se o legislador ao que comandava a redação da alínea *d* do inciso III do art. 12 da Lei Complementar n. 95/98**[1312]**.

Ademais, a omissão no art. 1º da Lei n. 9.764/98, não citando expressamente o § 1º da redação original do art. 190 e não cominando pena para a nova redação do § 2º, não autoriza concluir pela revogação de tais dispositivos que, à época, deveria dar-se, se desejada pelo legislador, de forma expressa – ao menos assim comandava, na redação em vigor em 1998, o art. 9º da Lei Complementar n. 95/98, nos seguintes termos: quando necessária a cláusula de revogação, esta deverá indicar expressamente as leis ou disposições legais revogadas.

A conclusão a que se chega, malgrado o inequívoco conhecimento do mestre Célio Lobão, é de que as omissões do art. 1º da Lei n. 9.764/98 foram propositais, no sentido de manter a redação original do art. 190 nos trechos omitidos, em perfeita sintonia ao que comandava a Lei Complementar n. 95/98.

Por outro lado, melhor análise teve Jorge César de Assis, primeiro, ao não entender as omissões da nova redação como revogação do texto original e, segundo, ao detectar que ao menos uma omissão notável persiste, qual seja, a circunstância em que o desertor especial, em vez de se apresentar, é capturado, "já que toda a alteração legal do art. 190 refere-se apenas à apresentação voluntária"**[1313]**. Com muito acerto o ilustre paranaense detectou o jogo dos absurdos em que aquele que é capturado não possui pena cominada, enquanto aquele que se arrepende e retorna tem sobre si o peso da repressão penal militar.

Não há solução pacífica para esse problema. Inclinamo-nos a entender que a apresentação deva ser compreendida como sinônimo de apresentação voluntária ou de captura, possibilitando a condenação pelas penas cominadas em cada parágrafo. Deve haver, em outros termos, a interpretação extensiva dos

preceitos secundários, abrangendo também a captura, e não só a apresentação.

Como se sabe, embora ao arrepio de alguns doutrinadores, a interpretação pode ser "extensiva, quando, para fazer as palavras corresponderem à vontade da lei, é mister ampliar seu sentido ou alcance. É admissível no direito penal, não obstante muitos impugnarem. É permitida quando os casos não previstos são abrangidos por força de compreensão. Assim, o que é punido *no menos* o é, também, *no mais*; o que é permitido quanto ao *mais* o é, igualmente, quanto ao *menos*"**[1314]**. Deve ser admitida a interpretação extensiva para que se coloque "em harmonia as palavras da lei com a vontade desta. Ora, se o que deve predominar em toda matéria de interpretação é essa vontade, não se justifica seja vedado o processo extensivo"**[1315]**. Assim parece-nos ocorrer no caso em estudo.

Todavia, a julgar o comportamento da Suprema Corte, no *Habeas Corpus* n. 70.440-9, de 28 de agosto de 1993, que influenciou posterior decisão do STM contrariando sua Súmula 1**[1316]**, a situação se resolverá pela atipicidade do fato em caso de captura, seguindo as exigências de *lex stricta* e de *lex certa*, caracterizadoras da taxatividade inerente ao princípio da legalidade.

Em verdade, urge a alteração legislativa para sanar essa infeliz contradição.

Passemos, agora, à análise do tipo penal em si.

A deserção especial, também chamada de deserção instantânea ou imediata, não guarda período de graça, ou seja, não se exige o octídio prévio antes da configuração do delito.

Neste tipo penal a deserção ocorre no momento da partida da aeronave, do navio ou deslocamento de unidade ou tropa terrestre que o militar compõe ou em que esteja alocado para o auxílio no cumprimento de missão daquele efetivo, mesmo que em função de natureza não militar (faxineiro, cozinheiro etc.)**[1317]**, sem que ele se apresente nesse momento. Eventualmente, pode ocorrer de o militar não pertencer àquela tropa (aeronave ou navio) nem estar designado para auxílio em sua missão, circunstância em que, diante do não comparecimento desse militar, não se configurará o delito em estudo, podendo o

fato, no entanto, encontrar subsunção em outro tipo penal, como a recusa de obediência (art. 163 do CPM) ou o descumprimento de missão (art. 196 do CPM)**[1318]**.

A previsão dessa modalidade se justifica pelo fato de não ser possível a toda uma tropa ficar à espera de seus componentes envolvidos eventualmente em atraso ou faltosos à missão. A missão foi definida e o momento de partida determinado, ferindo com seu dever e ameaçando o serviço militar o integrante que não comparece.

A expressão "deixar de se apresentar", núcleo da figura típica em estudo, significa não estar presente, estar ausente nos momentos indicados pelo tipo penal.

Para a compreensão dos termos "navio" e "aeronave", remetemos o leitor aos nossos comentários ao art. 147, no Capítulo I desta Parte.

Por *partida* deve-se compreender a saída da aeronave ou do navio do lugar em que se encontram para outro local, em cumprimento de missão específica, por exemplo, um sobrevoo de reconhecimento em zona de conflito, uma missão marítima, fluvial ou lacustre de exploração de um ambiente etc., ou então missões rotineiras mas em período de exceção, como no caso do estado de defesa.

Fere a proporcionalidade, note-se, compreender que todo e qualquer deslocamento de navio ou aeronave seria suficiente para preencher o tipo em estudo, excluindo-se, por exemplo, a não apresentação de militar em um voo de rotina de helicóptero da Polícia Militar para avaliar a situação do trânsito, em um deslocamento de lancha ou navio do Corpo de Bombeiros para patrulhamento do litoral, durante o verão etc. Essas questões, que não ameaçam sobremaneira o serviço militar e não demandam a conclusão por falha criminosa para com o dever militar, devem ser solucionadas na esfera disciplinar, encaradas que são como falta ao serviço.

A propósito do princípio da proporcionalidade, não está ele grafado expressamente na Carta Maior, porém constitui princípio de suma importância no ordenamento jurídico. Cunhado principalmente da doutrina alemã, o princípio,

em construção didática, desdobra-se em outros aspectos, dentre os quais o da *adequação*. Pela adequação, "o meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado visando o atingimento do resultado almejado. Adequação, portanto, implica conformidade e utilidade ao fim pretendido"**[1319]**. Trazendo esse aspecto para a discussão em relevo, não é a via penal a mais adequada para a repressão da conduta na forma acima descrita, não nos parecendo que o bem jurídico tutelado pela norma esteja gravemente afrontado ou ameaçado a ponto de haver, em uma visão minimalista, a necessidade da intervenção penal militar. Poderíamos dizer, por outro prisma, que os casos supracitados são dotados de uma tipicidade formal, porém passam ao largo de uma tipicidade material.

Por *deslocamento* de unidade ou de força deve ser entendido o movimento dessas frações, a pé ou com o auxílio de viaturas ou carros de combate.

Conforme já referimos nos comentários ao art. 157 do CPM, o termo "unidade" deve ser entendido como a fração de tropa com autonomia de emprego em nível de Batalhão, no mínimo (ou equivalente, como Regimento de Cavalaria, Grupamento de Bombeiros, Grupo de Artilharia etc.). Ocorre que o tipo penal utilizou outra expressão para ser mais abrangente, qual seja, a palavra "força", que, para o tipo em estudo, compreenderá frações menores que um Batalhão, como Companhias, Pelotões etc. Assim, em suma, para preencher a descrição típica, o deslocamento pode ser referente a qualquer fração de tropa, Pelotão, Companhia, Batalhões, Comandos Militares etc.**[1320]**.

Da mesma forma que invocamos a proporcionalidade para a partida de navio ou de aeronave, invocamo-na no caso do deslocamento de tropa. Assim, parece-nos razoável que o delito se verifique quando um militar não está presente no início do deslocamento de um Batalhão de Infantaria que ocupará uma usina em que grevistas ameaçam a ordem pública, ou de um Batalhão de Choque que parte para uma reintegração de posse, enfim, uma missão predefinida de vultosas proporções, cuja ausência de um militar possa ameaçar o regular cumprimento da missão. Também nos parece razoável a persistência do delito em rotineiros deslocamentos em período de exceção.

Desproporcional, por outro foco, que haja a deserção instantânea no

caso de o militar faltar a um exercício de treinamento, em que um Batalhão se desloque como um todo (marchas, acampamentos etc.).

Mais uma vez nos penitenciamos pela visão extremamente pessoal, sujeita, sim, a alteração de compreensão ante o caso concreto.

Para evitar os exageros e as discussões que o envolvam, melhor seria se a lei penal militar, quando da correção da omissão em consequência da captura do desertor, se preocupasse com uma redação mais consentânea com o Estado Democrático de Direito.

Há, no entanto, uma contrapartida a minimizar a rigidez do artigo em apreço, buscando compensar o ônus de se responder tão pesadamente por um simples atraso injustificado, o que de fato é. O legislador, no preceito secundário do *caput* e nos §§ 1º, 2º e 2º-A do art. 190, graduou o momento da apresentação e definiu penas mais brandas para os que chegarem em até vinte e quatro horas, cinco e oito dias. O comportamento é o mesmo, sendo a diferença tão somente no tempo de afastamento.

Essa contagem, a propósito, quando o preceito secundário ou o parágrafo referir-se a horas após a partida, deve ser feita em horas, e não em dias. Assim, se a partida se deu às 10:00 h do dia 10, se o desertor se apresentar até as 10:00 h do dia 11, incorrerá na pena do *caput*. Já quando a lei faz menção a dias, deve-se contar em dias cheios, até as 24:00 h, adotando-se, entretanto, uma interpretação *favor rei,* em que se excluirá o primeiro dia e se incluirá o último. Assim, no mesmo exemplo acima, se o desertor se apresentar até as 24:00 h do dia 15, deverá ser processado nos termos do § 1º **[1321]**. Note-se que a apresentação pode dar-se à autoridade militar do lugar, ou, na falta desta, à autoridade policial.

O § 3º, por fim, dispõe sobre uma circunstância especial de aumento de pena, em que a pena será aumentada de um terço, se o autor for sargento, subtenente ou suboficial, e de metade, se oficial. Essa agravação se justifica porque os autores do delito, presumivelmente, são aqueles dotados de maior influência sobre as frações, não raras vezes as comandando, devendo, portanto, haver maior reprovação. Notório que a ausência dessas pessoas acarreta

problemas pelo vácuo no comandamento, além de significar péssimo exemplo aos níveis subordinados.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de furtar-se do serviço militar, faltando com o respectivo dever.

As excludentes de dolo apontadas nos artigos anteriores, referentes à deserção, aproveitam a este tipo penal.

• **Consumação:** o delito se consuma no momento da partida da aeronave ou do deslocamento da tropa, estando ausente o militar engajado. É necessário lembrar que a consumação deste delito se protrai no tempo, ficando o desertor, desde o momento da deserção, com a lavratura do respectivo Termo, sujeito à prisão.

• **Tentativa:** por ser crime unissubsistente, é impossível.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

2.5. Concerto para deserção

• **Tipo legal**

Art. 191. Concertarem-se militares para a prática da deserção:

I – se a deserção não chega a consumar-se:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

Modalidade complexa

II – se consumada a deserção:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

• **Objetividade jurídica:** da mesma forma que os anteriores, este dispositivo busca a tutela do serviço militar, profundamente ameaçado pela possibilidade de uma "deserção coletiva". Protege-se ainda o dever militar, também em risco quando se orquestra uma deserção por mais de um militar.

• **Sujeitos do delito:** trata-se de crime plurissubjetivo, sendo delito de concurso necessário; fica clara essa condição pela utilização dos termos no plural ("concertarem-se" e "militares"). Basta que existam dois militares para que seja possível o cometimento do delito.

O elemento típico "militar", aqui designado no plural, deve ser compreendido, como já consignamos desde a Parte Geral, nos termos do art. 22 do CPM, ou seja, como militar em situação de atividade (que não se confunde com militar em serviço), o que, de pronto, afasta a sujeição ativa do delito por militares inativos**[1322]**, exceto se equiparados a militares da ativa, nos termos do art. 12 do mesmo *Codex*, ou, ainda sob previsão expressa do Código Castrense, houver concurso do militar inativo com, ao menos, dois militares em serviço ativo, ocasião em que a elementar "militar" comunicar-se-á com os militares que já não pertencem ao serviço ativo (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM).

Quanto ao civil – e aqui nos restringimos à esfera federal –, entendemos que há a possibilidade de sua figuração no polo ativo do delito, como coautor ou partícipe, desde que haja o concurso com dois outros militares da ativa, embora sob a forma de cumplicidade, e não de instigação, pelas razões já aduzidas acima. Note-se que entendemos ser possível a participação material (cumplicidade) no concerto para deserção, e não na deserção em si, alcançando, por exemplo, aquele que empresta locação para que o grupo discuta e se concerte para a deserção.

Em sentido oposto – a postular que o civil jamais cometerá delitos propriamente militares, como o é o concerto para deserção –, tomem-se as lições de Célio Lobão**[1323]**.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria

Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** aqui os militares combinam, acertam-se, anuem, organizam a deserção a ser deflagrada, ajustando uma "deserção coletiva".

A pena cominada possui duas possibilidades, dependendo do fato de a deserção se consumar ou não.

Caso a deserção, *a posteriori*, não se configure, a pena será de três meses a um ano de detenção (art. 191, I, do CPM). Note-se que se o militar se apresentar ou for localizado no período de graça, será esta a modalidade a ser considerada, já que a deserção não se consumou. Ademais, aquele que comparece no momento em que outros ajustam o delito, não anuindo na deserção coletiva, não estará em prática deste delito, porém poderá ter sua conduta subsumida em outro delito, como o de reunião ilícita (art. 165 do CPM), por exemplo, se criticar ato de superior durante essa reunião.

Por outro lado, caso se verifique a deserção posteriormente, naquilo que o CPM intitulou de *modalidade complexa* e que Célio Lobão prefere chamar de *deserção mediante concerto*[1324], a pena será de reclusão de dois a quatro anos (art. 191, II, do CPM), portanto, em uma reprovação muito mais elevada. Necessário se faz, entretanto, que ao menos dois militares desertem para que esta modalidade se aperfeiçoe. Nesse caso, defende-se que os militares, além do delito de concerto para deserção, responderão pelo de deserção em si, em concurso material de delitos. Caso apenas um dos militares ajustados deserte, contudo, não ocorrerá a hipótese do inciso II, mas a do inciso I. Esclarecedor, nesse sentido, o exemplo de Célio Lobão: "seis militares concordam em desertar e, efetivando o acordo, ausentam-se da unidade. Dois retornam no quarto dia de ausência, três são capturados no quinto dia de ausência, enquanto o sexto militar permanece ausente por mais de oito dias. Os cinco militares responderão somente pelo concerto para a deserção (inc. I), enquanto o sexto será julgado pelo concerto pela deserção (inc. I) e pela deserção (art. 187)"[1325].

Importante relembrar que a deserção, por ser delito de mão própria, não admite a coautoria, sendo também impossível a participação, uma vez que a

cumplicidade seria inviável e a instigação configuraria delito autônomo, como já postulamos ao discorrer sobre o sujeito ativo do art. 187 do CPM.

Outro ponto relevante diz respeito ao objeto do ajuste, que poderá ser qualquer modalidade de deserção, ou seja, a do tipo simples do art. 187, aquela dos casos assimilados do art. 188, a deserção especial do art. 190 e, até mesmo, a deserção por evasão ou fuga.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de se ajustarem (os militares) para uma das modalidades de deserção.

• **Consumação:** o delito se consuma quando os autores, pelo menos dois deles, reunidos, entram em combinação sobre a deserção, ou seja, quando o anúncio é feito e os presentes consentem na prática do delito, isso na forma básica do inciso I. No caso da modalidade complexa, o delito se consuma com a configuração de uma das modalidades de deserção por dois ou mais militares.

• **Tentativa:** não é possível, pois é delito unissubsistente. Dada a alterna-tividade do tipo, mesmo na modalidade complexa a tentativa é impossível, porquanto, se a deserção for obstada por motivos alheios à vontade dos agentes, não houve tentativa da modalidade complexa, mas sim consumação da modalidade do inciso I.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado pro-priamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entedimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

2.6. Deserção por evasão ou fuga

• **Tipo legal**

Art. 192. Evadir-se o militar do poder da escolta, ou de recinto de detenção ou de prisão, ou fugir em seguida à prática de crime para evitar prisão, permanecendo ausente por mais de oito dias:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal busca tutelar o serviço militar que deixará de ser cumprido quando o autor desertar. Protege-se ainda o dever militar, o comprometimento, a vinculação do homem aos valores éticos e funcionais da caserna e de sua profissão.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo deste delito também deve ser o militar (federal ou estadual), que deve ser compreendido, nos termos do art. 22 do CPM, como o militar em situação de atividade. Há a peculiaridade de que esse militar deve estar sob poder de escolta, em cumprimento de detenção (disciplinar) ou de prisão, ou então ter praticado um delito anterior de cuja responsabilidade pretende furtar-se pela fuga e deserção posterior.

Também é delito de mão própria, não admitindo a coautoria, mas apenas a participação. Aqui já entendemos ser possível a participação material no crime, mas somente no caso da detenção disciplinar ou de um militar sob poder de escolta. Na participação material de fuga de militar em cumprimento de prisão (penal ou civil), haverá subsunção da conduta do facilitador no art. 178 do CPM.

Assim como discorremos no art. 187 do CPM, a participação ideal (instigação) encontrará subsunção no *incitamento* ou na *apologia* (arts. 155 e 156 do CPM).

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** a primeira conduta nuclear é "evadir-se", que significa desvencilhar-se, livrar-se. Como segundo núcleo do tipo temos o termo "fugir", que significa furtar-se. No primeiro caso, o militar está sob guarda de uma escolta ou de segurança em estabelecimento onde cumpre prisão ou medida disciplinar. Na segunda possibilidade, não há tutela sobre o fugitivo, que, após cometer o delito precedente e sem que esteja sob custódia de autoridade,

desaparece para evitar justamente a prisão.

Escolta, para o tipo em estudo, deve ser compreendida como militar ou grupo de militares com missão específica de prover a custódia de preso (prisão por crime ou prisão civil) ou de militar submetido a medida disciplinar (detenção, prisão, permanência disciplinar, enfim, qualquer punição restritiva ou privativa de liberdade prevista em Regulamento Disciplinar, ou prisão administrativa cautelar, como o recolhimento disciplinar no Estado de São Paulo). Enquadra-se também no conceito de escolta o militar (ou grupo de militares) que conduz outro militar para a efetivação de uma das medidas *supra*, ou seja, prisão ou medida disciplinar. Assim, por exemplo, se um militar está sendo escoltado por um superior para que uma autoridade policial-militar decrete seu recolhimento disciplinar e, durante essa condução, desvencilha-se dos seus condutores, ao passar mais de oito dias ausente após esse episódio será desertor.

Recinto de detenção deve compreender o ambiente físico em que o militar cumpre medida disciplinar, punição efetiva ou cautelar (como o recolhimento disciplinar), restritiva ou privativa de liberdade**[1326]**. Note-se que, diferentemente dos arts. 178 e seguintes, em que a lei mencionava apenas preso ou prisão ou internado, dando a entender que a restrição de liberdade se limitava aos casos decorrentes de fato típico e antijurídico ou então em razão de prisão civil, aqui a lei penal militar, além de não fazer o paralelo com aquele submetido à medida de segurança, utiliza o termo "detenção", estendendo o tipo penal. Impossível seria exigir do legislador penal, ainda mais em 1969, que consignasse todas as possibilidades de restrição ou privação de liberdade dos regulamentos disciplinares das forças militares, razão por que se utilizou, genericamente, da expressão "detenção", desejando significar detenção em sentido estrito, prisão disciplinar, prisão sem fazer serviço, permanência disciplinar, permanência na sede, recolhimento disciplinar, enfim, toda e qualquer medida disciplinar, punitiva ou cautelar, que importe em limitação ou privação de liberdade do militar.

Recinto de prisão deve compreender o ambiente físico em que o militar cumpre prisão motivada por um delito (comum ou militar) ou prisão civil, podendo ser um quartel, um presídio militar, enfim, o lugar determinado pelo juízo da execução.

Por fim, também serve como referência para o início da contagem do prazo de graça a *fuga em seguida à prática de crime para evitar prisão*. O crime praticado pode ser comum ou militar; contudo, alguns apontamentos devem ser consignados.

Primeiro, devemos lembrar que no caso de abandono de posto precedente, pelos motivos já expostos quando dos comentários ao art. 187, entendemos haver *ante factum* impunível, embora saibamos que a visão dominante contraria nossa argumentação. Em verdade, o crime de abandono precedente acaba sendo meio necessário para a deserção daquele que se encontra em serviço (não em todos os casos, mas neste em especial), sendo, por esse motivo, absorvido pela deserção em um caso de consunção. Note-se que essa construção, ainda que utilize o ataque ao mesmo bem jurídico, como argumento em reforço da postulação pela consunção, não impede que em outros delitos contra o mesmo bem jurídico haja o concurso de crimes. Assim, parece-nos inequívoco a existência de concurso material quando o militar, por exemplo, dorme em serviço (art. 203 do CPM) e, percebendo que seria preso em flagrante, foge para impedir a sua prisão, configurando deserção após oito dias de ausência. Perceba-se que, em nenhuma circunstância, o ato de dormir é caminho necessário para a deserção de quem está em serviço.

Quando o ataque se der a bens jurídicos diversos, por outro bordo, não encontramos problemas em sustentar o concurso material de crimes. Assim ocorre quando o militar pratica homicídio (art. 205 do CPM) e foge em seguida para impedir sua prisão. Da mesma forma, haverá o concurso material com regra específica de unificação das penas (cúmulo material, independentemente da regra do art. 79 do CPM) no caso de fuga de preso ou internado com posterior deserção (art. 180, § 2º, do CPM).

Um tema interessante na apreciação deste tipo penal é a sua confrontação com a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de São José da Costa Rica"), ratificada pelo Brasil nos termos do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

O art. 8º, n. 2, letra *g*, do "Pacto" consagra o direito de a pessoa não

ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada, ao mesmo passo que a Constituição Federal, no inciso LXIII do art. 5º, determina que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. Tais dispositivos são reforçados, ainda, pelo § 2º do art. 296 do Código de Processo Penal Militar, que consagra o princípio *nemo tenetur se detegere*, ao consignar que "ninguém está obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão".

Associando os dispositivos acima, tem-se que o direito assegurado aos acusados em geral é o de não produzir prova oral e pessoal contra si. Apesar disso, é notório que doutrina e jurisprudência entendem que esses dispositivos conferem aos acusados a faculdade de não produzir qualquer tipo de prova contra si, não as restringindo às provas orais e pessoais, consoante a letra das leis, como a recente discussão sobre a obrigatoriedade de sujeição do condutor de veículos automotores ao etilômetro, decidindo-se esmagadoramente em favor da não obrigatoriedade.

Nesse contexto, pode surgir o questionamento da eventual inconstitucionalidade do art. 192 do CPM, pois o militar que for autor de qualquer delito e fugir, estará obrigado a se apresentar em oito dias, sob pena de incorrer em outro tipo penal, qual seja, o da deserção por evasão ou fuga, exigindo-se, portanto, a produção de prova pelo próprio autor da infração penal, sob pena de nova incursão em figura delitiva.

Sob esse prisma, no entanto, não entendemos que a simples presença do acusado seja uma prova contra ele, lesando-se o princípio supracitado. É certo que se ele fugiu após a prática de crime, está tentando furtar-se do alcance da lei, logo, há de se entender que ele agiu ao arrepio dela. Contudo, sua presença não é prova, mas, tão somente, cria a possibilidade de aplicação da lei penal, e é sob esse prisma que deve ser visto o dispositivo em comento.

A presença do acusado, por si só, em nada facilita ou prejudica o exercício de sua defesa, e por isso não pode ser recepcionado como fato gerador de prova, não significando, ademais, assunção de culpa, já que terá curso o devido processo legal para a apuração do crime principal. É certo, por outro

bordo, que a ausência ilegal do militar por mais de oito dias caracteriza-se como deserção.

Assim, não são incompatíveis os dispositivos indicados com o tipo penal militar da deserção após a fuga, sucumbindo, a nosso ver, a alegação de inconstitucionalidade deste tipo incriminador.

Discussão semelhante, note-se, tem sido travada no Direito Penal comum, afeta ao art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, em que se incrimina o ato de a pessoa evadir-se de local de acidente para evitar responsabilidade civil, penal ou administrativa. Acerca dessa discussão, é possível encontrar decisões reconhecendo e rechaçando a inconstitucionalidade da norma penal de trânsito. Em primeiro lugar, *vide* do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a Apelação Criminal n. 1.0372.04.008035-3/001, julgada em 13 de março de 2007, sob relatoria do Desembargador Hélcio Valentim:

"HOMICÍDIO CULPOSO – CONDUTA IMPRUDENTE – AGENTE QUE CONDUZ VEÍCULO AUTOMOTOR EM VELOCIDADE ACIMA DA PER-MITIDA – FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE – IMPUTAÇÃO DE COMETI-MENTO DO ARTIGO 305 DO CTB – INCONSTITUCIONALIDADE – PENA DE SUPENSÃO DA CNH - PROPORCIONALIDADE COM O *QUANTUM* DA PENA CORPORAL.

Age com imprudência o agente que, sem habilitação, trafegando em lugar de enorme movimentação de veículos e pedestres, conduz automóvel em alta velocidade, gerando acidente com a morte da vítima. *O delito de fuga à responsabilidade é inconstitucional, ofendendo o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo – nemo tenetur se detegere*. Deve haver proporcionalidade entre o padrão estabelecido para a pena privativa de liberdade e o *quantum* estipulado para a pena restritiva de direitos de suspensão da carteira nacional de habilitação, devendo ser esta fixada no mínimo legal caso aquela também o seja, na forma do disposto no artigo 293 do Código de Trânsito Brasileiro". (g. n.)

Mais recentemente, o Pleno da Corte de Minas Gerais já havia julgado incidente de inconstitucionalidade, decidindo:

"Incidente de inconstitucionalidade. Reserva de plenário. Art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro. Incompatibilidade com o direito fundamental ao silêncio. Inconstitucionalidade declarada" (IC 1.0000.07.456021-0/000, de Lagoa da Prata, rel. Des. Sérgio Resende, j. 11-6-2008).

Em sentido oposto, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, *vide* o *Habeas Corpus* n. 166.714 (2009.016671-4), julgado em 29 de junho de 2009, sob relatoria do Desembargador Torres Marques:

"*Habeas Corpus*. Crime do art. 305 da Lei n. 9.503/97. Levantada a inconstitucionalidade do tipo penal. Objeto jurídico do delito que se fundamenta na tutela da Administração da Justiça. Conduta típica que não traduz assunção de culpa, porquanto sempre se faz necessária a observância de processo judicial próprio para a responsabilização penal ou civil. Incompatibilidade do tipo com a Constituição Federal rechaçada. Ordem denegada".

Voltando ao tipo penal em foco, partindo da premissa de sua constitucionalidade, como nos demais casos em que se faz a contagem do prazo de graça, neste delito o início da contagem se dará à 00:00 h do dia subsequente ao da fuga ou evasão. Pedimos vênia, mais uma vez, para adaptar o gráfico de Alexandre Henriques da Costa**[1327]**, tomando por base, novamente, o dia 10 de fevereiro como o dia da evasão de escolta, de recinto de detenção ou de prisão ou da fuga após a prática de crime precedente:

CONTAGEM DA		
Data	Data	Dat

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de não comparecer ao quartel em oito dias, após fuga ou evasão.

Aqui também, obviamente, a inconsciência, o motivo de força maior ou o caso fortuito excluem o elemento subjetivo, afastando o delito, restando apenas ao autor a responsabilização pela fuga, isso se ela se configurar, autonomamente, delito, nos termos do art. 180 do CPM.

• **Consumação:** o delito se consuma quando se completarem mais que oito dias inteiros, conforme a representação gráfica acima. É delito de mera conduta e permanente.

• **Tentativa:** por se tratar de crime unissubsistente, é impossível.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

2.7. Favorecimento a desertor

• **Tipo legal**

Art. 193. Dar asilo a desertor, ou tomá-lo a seu serviço, ou proporcionar-lhe ou facilitar-lhe transporte ou meio de ocultação, sabendo ou tendo razão para saber que cometeu qualquer dos crimes previstos neste capítulo:

Pena – detenção, de quatro meses a um ano.

Isenção de pena

Parágrafo único. Se o favorecedor é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

• **Objetividade jurídica:** o bem jurídico objeto de tutela deste delito é o serviço militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa, estando o civil, evidentemente, restrito à esfera federal.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** muito próximo do delito do art. 186 do CPM, no favorecimento a desertor a conduta nuclear é "dar asilo", significando dar guarida, abrigo, ao desertor para que se furte da obrigação de desenvolver o serviço militar.

Também é abrangida pela descrição típica a conduta daquele que toma o desertor como seu serviçal, ou seja, que lhe dá serviço, emprega-o, o que, por si só, já minimizaria as consequências da clandestinidade do protegido, proporcionando-lhe meio de subsistência.

Por fim, outra forma de perpetração do delito cinge-se à ação daquele que proporciona ou facilita transporte ou meio que oculte o desertor. Na espécie *proporcionar*, o agente, diretamente, fornece o meio de transporte ou meio de ocultação para o desertor. Já na espécie *facilitar*, o agente pode fornecer o auxílio por qualquer forma, inclusive com a interação de terceiro que não saiba das circunstâncias envolvidas no fato.

Em todas as possibilidades acima, o autor sabe ou tem razão para saber que aquele a quem presta auxílio é um desertor (em qualquer das formas de deserção, não se incluindo o concerto para deserção do inciso I do art. 191, já que o tipo fala em desertor), que deve ser capturado e responder por seu delito. "Saber" implica conhecer a situação e o caráter ilícito da conduta do desertor propenso a interromper a prestação do serviço militar. Já a expressão "tendo razão para saber" implica o fato de que o autor desconheça a situação da pessoa que auxilia, mas poderia conhecê-la em vista, por exemplo, do comportamento do beneficiado, não se inteirando das comunicações sobre desertores que correm em todas as Unidades da Força por ocasião da consumação desse delito ou qualquer outro sinal que denote sua situação de clandestinidade. Assim, o autor

tem mecanismos para conhecer o *status quo* daquele que auxilia, mas não dá atenção a essas informações.

Em verdade, este crime se aproxima, em muito, do favorecimento pessoal (art. 350 do CPM), sendo uma particularização dele, pois está restrito, tão somente, à deserção.

Como não poderia deixar de ser, no parágrafo único do artigo em relevo, promove-se a isenção de pena se o favorecedor é ascendente, a exemplo dos pais, descendente, a exemplo do filho, cônjuge (marido ou esposa) ou irmão do desertor. Como bem anota Jorge César de Assis, trata-se de escusa absolutória**[1328]**, em que o injusto típico culpável, como já postulamos nos comentários ao art. 186 do CPM, permanece intacto, apenas havendo obstrução da punibilidade.

• **Elemento subjetivo:** o delito, em tese, admite a modalidade dolosa, quando o agente sabe da condição de desertor do favorecido, ou culposa, quando desconhece essa condição tendo razão para conhecê-la.

Tal qual dissemos no art. 186 do CPM, polêmica é a aceitação da modalidade culposa, porquanto, para alguns, tratar-se-ia de hipótese de dolo eventual, e não de culpa. Para nós, no entanto, trata-se de possibilidade culposa, como ocorre no delito de excesso de exação previsto no § 1º do art. 316 do CP comum: "se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe *ou deveria saber indevido*, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza". (g. n.) A propósito do elemento subjetivo desse delito, Mirabete consigna que "o crime pode ser praticado tanto por dolo, quando o agente sabe que está exigindo tributo ou contribuição indevida, ou quando emprega meio vexatório ou gravoso na cobrança do valor devido. Mas o delito, na sua primeira parte, também pode ser cometido por culpa. Na expressão 'deveria saber indevido' a lei refere-se à culpa do funcionário que erra na cobrança do tributo..."**[1329]**.

Guardadas as distinções dos delitos, parece-nos que a culpa, e não o dolo eventual, há de ser admitida no caso em questão, devendo o aplicador da lei penal militar ter em conta tal circunstância no momento de aplicação da pena, já

que não se fez distinção, no que concerne à pena, entre modalidade dolosa e culposa.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor esconde ou proporciona, facilita a ocultação ou transporte do militar envolvido na deserção ou no concerto seguido de deserção (o tipo em estudo fala em desertor, apesar da expressão "cometeu qualquer dos crimes previstos neste capítulo"); consuma-se ainda quando o autor toma o desertor, a seu serviço, dando-lhe ocupação.

• **Tentativa:** não a entendemos possível, pela alternatividade das hipóteses nucleares. Caso, por exemplo, o agente seja surpreendido tentando ocultar o desertor, já estará facilitando meio de ocultação para este, portanto, incorrendo em conduta nuclear.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, no caso de o sujeito ativo ser militar em situação de atividade. Caso o sujeito ativo seja civil ou militar inativo, a complementação da tipicidade deve dar-se pelo inciso III do mesmo artigo, em uma de suas alíneas.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

2.8. Omissão de oficial

• **Tipo legal**

Art. 194. Deixar o oficial de proceder contra desertor, sabendo, ou devendo saber encontrar-se entre os seus comandados:

Pena – detenção, de seis meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** o tipo em estudo busca proteger o serviço e o dever militares.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, desde que seja Oficial.

A palavra "Oficial", como elementar do crime, leva à conclusão de que somente o militar ocupante de posto é que pode figurar como sujeito ativo do delito. Ademais, como o tipo menciona que o desertor deve estar sob o comando do Oficial, a sujeição ativa restringe-se a militar da ativa, que possua função de comando, em qualquer nível (Pelotão, Companhia etc.).

Deve-se lembrar que o militar inativo empregado na Administração Militar de forma direta é equiparado a militar da ativa, nos termos do art. 12 do CPM.

No que diz respeito à prática do delito em concurso, impossível será um civil ou inativo, não equiparados a militar da ativa, cometerem o delito.

Conforme já consignamos ao tratar do motim em suas modalidades omissivas, a coautoria em crime omissivo somente se verificará se a obrigação de ação for comum aos concorrentes, o que nos parece inexistir no tipo do art. 151.

Dessa forma, como o civil não está vinculado ao dever militar e como não está atrelado ao serviço militar, não possuirá dever de ação, não figurando, pois, como coautor no crime de "omissão de Oficial", ainda que, eventualmente, ao lado de um Oficial da ativa e anuindo na inação deste, nada faça para que o desertor seja capturado.

Respeitando opiniões divergentes, também não vemos a possibilidade de prática em coautoria de um militar da ativa (Oficial) e outro inativo (não equiparado a militar da ativa por força do art. 12 do CPM), porquanto, ao deixar o serviço ativo, o militar possui, sim, certo dever de lealdade para com a Administração Militar, mas não a ponto de, no âmbito criminal (o que não afasta a possibilidade de cometimento de infração disciplinar), ter a obrigação de capturar desertor. Chega-se a essa conclusão pela própria análise do tipo, que, ao grafar a palavra "oficial" e a expressão "entre os seus comandados", excluiu o inativo do rol de pessoas de quem se exige a conduta ativa de capturar desertor.

Também será impossível o civil e o inativo, não equiparados a militar da ativa, figurarem no polo ativo em concurso de pessoas sob a forma de participação. Note-se que a participação neste delito, pelas próprias

características, haveria de ser ideal (instigação), e não material (cumplicidade), o que, como já vimos sustentando, favorecerá a subsunção em tipo penal autônomo, seja o de *aliciação* (art. 154 do CPM), seja o de *incitamento* (art. 155 do CPM), isso em nome do princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali*).

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** no delito em estudo, o Oficial deixa de tomar providências em face do fato de ter entre seus comandados um desertor, sabendo dessa condição ou devendo saber.

Deixar de proceder contra deve significar toda e qualquer omissão do Oficial comandante que possa retardar ou obstar a captura do desertor, medida correta a ser adotada não só pelo Oficial, mas também por todo e qualquer militar, nos termos do art. 243 do CPPM**[1330]**. No caso de o militar, pela omissão, faltar com seu dever, em sendo Oficial e comandante de um grupo de militares, estará incurso no presente tipo penal. Caso o omitente não seja Oficial, ou sendo Oficial não tenha comandamento sobre aquele grupo, poderá haver a prática de outro delito, por exemplo, o de prevaricação (art. 319 do CPM), obviamente se preenchido o elemento subjetivo.

Mais uma vez consignamos que *saber* implica conhecer a situação e o caráter ilícito da conduta do desertor. Já a expressão "devendo saber" importa no fato de que o autor desconheça a situação da pessoa que auxilia, mas poderia conhecê-la em vista, por exemplo, do comportamento do beneficiado, ou de qualquer outro sinal que denote sua situação de clandestinidade. Note-se que o Oficial, mormente comandante de uma tropa, tem vivacidade e orientação suficientes para chegar ao conhecimento do fato de um desertor encontrar-se entre seus comandados.

Evidentemente, em nosso estágio atual de evolução tecnológica, é pequena a probabilidade de que um desertor fuja da tropa que compõe e vá abrigar-se em outra tropa, mesmo porque, nos procedimentos administrativos pertinentes à ausência (período de graça que antecede a deserção) e à própria

deserção, o nome do militar é divulgado em todas as Unidades que compõem a Força Militar, o que é de conhecimento da tropa, em face do que essa informação deve ser divulgada nas revistas a que são submetidos quotidianamente. Ocorre que a previsão típica em estudo foi criada à época em que os meios de comunicação eram parcos e falhos, em que as distâncias só eram vencidas a dias ou semanas, especialmente em virtude das proporções continentais de nosso país. Seria, então, possível aceitar que o militar lotado em um Batalhão de fronteira do Brasil com a Venezuela viesse a apresentar-se em uma das Unidades do Rio de Janeiro ou de São Paulo sem que a informação de sua deserção chegasse à segunda Unidade.

• **Elemento subjetivo:** o delito, em tese, admite a modalidade dolosa, quando o agente sabe da condição de desertor do favorecido, ou culposa, quando desconhece essa condição mas deveria conhecê-la.

Como se vê, aqui também se instala a polêmica questão acerca do reconhecimento da modalidade culposa ou somente dolosa (dolo direto ou eventual), razão pela qual remetemos o leitor aos comentários ao elemento subjetivo do artigo anterior e do art. 186 do CPM.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor deixa de proceder à captura do desertor que está entre os seus comandados.

• **Tentativa:** não é possível, em vista de a conduta ser omissiva.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

3. DO ABANDONO DE POSTO E DE OUTROS CRIMES EM SERVIÇO

3.1. Abandono de posto

• **Tipo legal**

Art. 195. Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal em estudo busca proteger o dever e o serviço militares.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar (federal ou estadual), que deve ser compreendido, nos termos do art. 22 do CPM, como o militar em situação de atividade. Entretanto, além de ser militar da ativa, é preciso que esteja de serviço em posto (fixo ou móvel), em um lugar delimitado ou em execução de tarefa específica.

É delito de mão própria, não admitindo a coautoria, mas admite, em tese, a participação. Dentro da participação, enxergamos possibilidade de cumplicidade no delito, quando, por exemplo, o militar que se ausentou do posto é substituído por outro militar, respondendo este em concurso com aquele, porém sob a forma de partícipe[1331].

É necessário lembrar que, se a participação se der sob a forma ideal (ins-tigação), estaremos diante, para aquele que instigou, de delito próprio a subsumir a conduta, a saber, o de *incitamento* ou o de *apologia* (arts. 155 e 156 do CPM).

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** a conduta nuclear é “abandonar”, que significa deixar, desincumbir-se do posto no qual presta serviço, lugar em que o presta ou o serviço prestado em si.

Evidentemente, para a configuração do delito o autor deixa o posto (local de serviço ou o próprio serviço) sem ordem superior. Caso haja a anuência do superior, ou de autoridade competente, não haverá tipicidade objetiva para o fato, uma vez que não estará havendo o abandono, que, nos termos exigidos para o delito, pressupõe a clandestinidade ou a não autorização por quem de direito.

Posto é o local certo e determinado, fixo ou não (se não for fixo, deve ter percurso demarcado e limitado), onde se cumpre determinada missão, seja de vigilância, seja de controle, segurança (cercanias da Unidade militar), seja de guarda (de local de crime ou de custódia de presos), ou qualquer outra afeta à Força Militar.

Lugar de serviço é a área geográfica delimitada, maior que o posto, a qual impede que o militar possa lhe dar cobertura permanente, embora não afaste a missão de vigilância ou guarda. Enquadram-se nessa possibilidade os casos do Oficial de Dia, Sargento Comandante da Guarda ou ainda do Cabo da Guarda, os quais, em seus momentos de ronda, exercem igualmente a vigilância não de um ponto (posto), mas de vários deles, cobertos por seus subordinados. Note-se que os militares nas funções supracitadas podem ser encontrados em qualquer lugar do quartel, mas não fora dele. Assim decidiu o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n. 5.318/04, julgada em 12 de julho de 2005, sob relatoria do Juiz Cel. PM Fernando Pereira: “Comete o delito tipificado no artigo 195 do CPM o policial militar que abandona o local de serviço para o qual estava designado e, sem ordem superior, se dirige a um bar nas proximidades do quartel”.

Outro bom exemplo está no Policial Militar que tem uma área geográfica onde deva realizar patrulhamento motorizado (subsetor) ou a pé e dela se afasta. Isso se reflete também na função do tenente comandante de força patrulha (rondante oficial, comandante de policiamento de unidade, ou outro nome que se dê à função do comandante de um efetivo de policiamento ostensivo) que tem como missão a fiscalização e o apoio do policiamento ostensivo na área de uma companhia ou de um batalhão. Caso saia ele da área que lhe foi atribuída sem qualquer justificativa legal, incorrerá no delito sob estudo. Nesse sentido, *vide* Apelação Criminal n. 5.196/03, do Tribunal de Justiça

Militar do Estado de São Paulo, julgada em 5 de agosto de 2004, sob a relatoria do Juiz Cel. PM Lourival Costa Ramos, cuja indexação e ementa ora se transcrevem:

"Indexação: Abandono de Posto – Policial Militar que, no comando de força patrulha em área litorânea, se afasta do posto de serviço para resolver 'assuntos particulares' – Caracterização – Excludente de ilicitude – Inexistência – Crime instantâneo, formal e de mera conduta – Dolo caracterizado.

Ementa: O uso de telefone celular e 'HT' não justifica a ausência do policial militar nem configura excludente de ilicitude. Para a caracterização do crime de abandono de posto basta a ausência momentânea, não autorizada, do militar no lugar onde deveria estar presente, por dever militar e em razão de ordem de serviço".

Como se verifica, no abandono de posto ou de lugar de serviço, há sempre uma área geográfica delimitada, com menor (posto) ou maior amplitude (lugar de serviço). Pode ocorrer, todavia, que a atividade desempenhada pelo militar não tenha uma delimitação espacial ou, se o tiver, essa limitação não é tão importante para o desempenho da função confiada a ele. Por outras palavras, poderíamos dizer que há atividades que não se desenvolvem em espaços demarcados, mas em cumprimento de determinadas tarefas inerentes à função desempenhada, situação em que não se falará em abandono de posto ou de lugar de serviço, mas sim em *abandono de serviço antes de terminá-lo*. À guisa de exemplo, podemos citar o militar com a incumbência de capturar um desertor que foi denunciado, visto que o serviço a ser desenvolvido pode dar-se em vários itinerários ou locais diversos, todos dependentes das informações obtidas ou das que vierem a ser recebidas na evolução dessa atividade. Nessa hipótese também se enquadram as atividades corriqueiras do dia a dia da caserna em que o militar esteja engajado, por exemplo, no caso de um escrivão de registros de polícia judiciária militar, um militar que desenvolva suas tarefas no rancho da Unidade etc. Cumpre ressaltar que nos últimos exemplos – atividades quotidianas de caserna – há uma limitação espacial na Unidade, todavia essa limitação não é crucial para o desempenho das atribuições inerentes à função desempenhada.

Logicamente, para que o militar abandone o serviço, deve primeiro

assumi-lo e depois não pôr termo à sua missão. A situação em que o militar não cumpre a ordem direta de assumir o serviço e deixa a unidade não configurará abandono de serviço (nem de posto ou de lugar de serviço), mas poderá configurar outro delito, como a recusa de obediência (art. 163 do CPM)**[1332]**.

No caso específico do abandono de posto ou de lugar de serviço, é elemento estranho ao tipo penal a mensuração temporal do abandono. Por outras palavras, é irrelevante se o abandono do posto (ou lugar de serviço) tenha sido por cinco ou cinquenta minutos, bastando que o ato tenha existido, isso porque no instante em que o autor estava fora do desempenho da função, o serviço e o dever militares foram ameaçados em sua essência, sendo indiferente o fato de ter ou não acontecido algo em decorrência do abandono. Bebendo da fonte de Célio Lobão e de Jorge César de Assis**[1333]**, diríamos que se trata "de crime de perigo", mas acrescentaríamos, de perigo abstrato.

Nessa linha de raciocínio, destaca-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 94.904/RJ, julgado em 7 de outubro de 2008, sob relatoria do Ministro Carlos Britto:

"*HABEAS CORPUS*. DELITO MILITAR DE ABANDONO DE POSTO. ALEGADO ESTADO DE NECESSIDADE. EXAME INCOMPATÍVEL COM A VIA DESTA AÇÃO CONSTITUCIONAL. QUADRO FÁTICO DESTOANTE DA PRETENSÃO DEFENSIVA. CRIME DE PERIGO. EFETIVA POSSIBILIDADE DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ORDEM DENEGADA. 1. O quadro empírico assentado pelas instâncias judicantes competentes é contrário à pretensão defensiva do reconhecimento do estado de necessidade. Pelo que, considerado o pressuposto fático, não há como, nesta via processualmente contida do *habeas corpus*, chegar a conclusão diversa. 2. O delito increpado ao paciente é formal e de perigo, aperfeiçoando-se com a prática da conduta incriminada. No caso, presente a clara possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, não há como afastar a tipicidade material da conduta. Ordem denegada".

Note-se que no julgado acima há a satisfação típica com a mera possibilidade de lesão ao bem jurídico, sem a exigência de prova nesse sentido, ratificando-se a visão de crime de perigo abstrato. Compulsando o Acórdão em

sua íntegra, percebe-se que o Eminente Ministro Carlos Britto, em mais uma sólida lição, sustentou:

"14. Certo, não desconheço que a tipificação dos crimes de perigo tem suscitado os mais acirrados debates na dogmática penal-constitucional. De logo, porém, perfilho o entendimento de que a constitucionalidade da incriminação do perigo (mormente do perigo presumido) está a depender da capacidade ou potencialidade lesiva da conduta do agente. Isso para que os clássicos princípios da lesividade e da subsidiariedade do Direito Penal sejam respeitados.

15. No caso, tenho por atendido o requisito da clara possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado. É que o objeto de proteção penal do tipo penal em questão (art. 195 do C.P.M.) – a própria segurança da instituição militar – é diretamente atingido, na medida em que a violação da norma deixa em estado de perigo toda uma guarnição militar. Como no presente caso, em que o paciente, no serviço de sentinela da Guarda Armada, ciente de que outro sentinela (acidentado) fora dispensado do posto, abandonou a proteção do portão principal da Base Aérea do Galeão".

As atividades de vigilância permanente – guarda do quartel, reserva de armas, de policiamento ostensivo de área, assim como as demais que lhes são afins –, necessariamente ininterruptas por sua natureza e imprescindibilidade, não aceitam solução de continuidade, mesmo em face do término do turno do militar que a desempenha; assim, a Sentinela que, mesmo tendo encerrado o horário de seu turno e não se vendo substituída pelo militar que ali deveria estar, abandona seu posto, incidirá no delito, pois, como exerce atividade de vigilância permanente, deveria ali permanecer, acionar seus superiores comunicando a irregularidade, inclusive aguardar até a chegada do substituto, independentemente do tempo que isso fosse demorar, visto que, ao contrário, deixando o posto vazio, estaria lesando a objetividade jurídica do delito; o mesmo se opera nas demais atividades dessa ordem.

É indiferente, ainda, o período de abandono ter ultrapassado ou não o termo final do turno. De fato, como já discorremos, a relevância jurídica da conduta repousa no perigo de lesão à objetividade jurídica; assim, por exemplo, haverá o delito em estudo no caso do militar que abandona seu posto de 01:30 h

às 02:45 h, ainda que seu quarto de hora seja de 01:00 h às 03:00 h, ou mesmo de 01:00 h às 02:30 h.

A expressão "antes de terminá-lo", usada no tipo penal, refere-se, tão somente, ao fato de que o turno ou mesmo a missão confiada ao autor ainda não findaram quando ele a abandonou, mesmo porque, se assim não fosse, inexistiria mácula aos bens jurídicos sob proteção; errôneo, portanto, parece-nos o entendimento de que inexiste o delito de abandono de posto, lugar de serviço ou ainda serviço quando o autor abandona a atividade sob exame e retorna antes do prazo final de seu turno ou prazo que lhe fora conferido para a realização do serviço.

No caso do abandono de serviço, deve-se notar que, pelo fato de não se delimitar um espaço determinado ou, ao menos, não ser isso relevante, difícil se torna diferenciar o abandono de um simples afastamento da execução do serviço, devendo o aplicador da lei penal militar, inebriado pela razoabilidade, por nós já comentada, no caso concreto, verificar se há ou não abandono de serviço. À guisa de exemplo, no entanto, pedimos vênia para enumerar certos casos em que não haveria incidência no delito em estudo, mas sim mera infração disciplinar: o militar que na busca da captura de um desertor, à espreita em determinado local para encontrá-lo, vai até um estabelecimento para fazer um lanche, não estará em abandono do serviço, diferentemente daquele que, em perseguição ao desertor, resolve no percurso parar para lanchar; da mesma forma não estará em abandono de serviço o sargento escrivão de IPM que, sem autorização de ninguém, deixa as instalações do quartel e vai até um estabelecimento próximo comprar um refrigerante, devendo a questão ser dirimida na seara disciplinar.

Por outro lado, como vem se orientando a jurisprudência pátria**[1334]**, a manutenção da vigilância sobre o posto ou local de serviço é critério hábil a afastar o crime, isso em razão de afastar o próprio elemento subjetivo. Nitidamente, aquele que se afasta de seu posto, mantendo contato visual com o local, desde que esteja a uma distância hábil a reagir em qualquer eventualidade, não está em busca de ferir o dever e o serviço militares, não havendo, portanto, o delito.

Deve-se notar que o delito tem como escopo protetivo também o dever militar, não restringindo se a afronta criminosa ao dever deve estar ligada a função de natureza militar, como o faz, por exemplo, o tipo penal do crime de *desacato a militar de serviço* (art. 299 do CPM). Por essa razão, pode-se afirmar que a exigência de que o posto, o lugar de serviço ou mesmo o serviço, para fins de subsunção ao tipo em estudo, devem estar atrelados a uma função de natureza militar, o que nos leva a não anuir à visão de Jorge César de Assis, que busca restringir o tipo penal do art. 195 do CPM às funções supracitadas. Nesse sentido, o caro mestre, entendendo que a raiz do art. 195 é a probabilidade de dano ao estabelecimento ou ao serviço militares, postula não haver a possibilidade desse delito nos serviços "que, mesmo realizados por militares escalados previamente pela administração militar, apresentam características nitidamente civis, como o serviço de 'cassineiro' ou de 'permanência' nos hotéis de trânsito de qualquer força armada ou polícia militar – desde que esse serviço ocorra em situação de normalidade quando tais hotéis estiverem destinando-se apenas à acomodação de seus hóspedes, ressalvados os casos extremos de estado de defesa, de sítio ou de guerra, quando tais hotéis estiverem abrigando tropas em prontidão, assumindo o serviço de caráter essencialmente militar"**[1335]**.

Acerca do abandono seguido de deserção, já nos posicionamos ao comentar o art. 187 do CPM, para onde remetemos o leitor. Basta aqui dizer que, contrariamente à jurisprudência dominante e à doutrina, entendemos que o abandono de posto, no caso de sequencial deserção, é *ante factum* impunível.

Gostaríamos de lançar uma questão ainda não discutida, mas que, ante a possibilidade real de sua ocorrência, tem-nos preocupado de maneira ímpar. Cinge-se ela à investigação de ser ou não possível perpetrar o delito em apreço sem deixar o espaço físico que limita a atuação do agente. Para responder a essa indagação, lembremo-nos, a princípio, que, embora o *nomen juris* do delito seja *abandono de posto*, a descrição típica possibilita três situações distintas: o abandono de posto, de lugar de serviço e de serviço. Obviamente, as duas primeiras possibilidades exigem o afastamento do sujeito ativo do espaço físico caracterizador do posto ou do lugar de serviço, sendo impossível perpetrar este delito sem que se deixe dito espaço. Por outra linha, a terceira possibilidade, abandonar serviço, não exige elemento espacial para sua configuração, razão por

que entendemos possível a perpetração do delito sem que o militar deixe o espaço físico a ele destinado. Pedimos vênia para exemplificar: uma guarnição composta por um Policial Militar masculino e outro feminino, ocupando viatura de policiamento ostensivo, está designada para patrulhar determinado subsetor em grande capital brasileira; em determinado momento, a guarnição decide estacionar em estabelecimento (local fechado com garagens) localizado dentro da área do subsetor, a exemplo de um *drive-in*, com o simples intuito de conversar, sem a intenção de dormir ou de prática de ato libidinoso; ao estacionar nesse estabelecimento, para que não sejam interrompidos na conversa, desligam o rádio da viatura, permanecendo totalmente alheios ao serviço policial-militar. No exemplo configurado, deve-se notar que, embora não tenha deixado o lugar de serviço (subsetor), a guarnição abandonou efetivamente o serviço, uma vez que não desenvolve mais a ostensividade inerente ao policiamento, e tampouco estão os policiais atentos a eventuais acionamentos via rádio, já que o aparelho se encontra desligado. Registre-se, por fim, que o crime ocorreria ainda que o período de permanência do casal no *drive-in* fosse tranquilo, sem que nenhuma perturbação da ordem ocorresse no subsetor sob a responsabilidade deles, visto que o delito em estudo é de perigo, e não de dano.

Por fim, em caso de crime sequencial ao abandono de posto (de lugar de serviço ou de serviço) em que o segundo crime só seria considerado militar pelo fato de o sujeito ativo estar de serviço, estará tal fato excluído do universo dos crimes militares. Assim, se um militar do Estado, por exemplo, abandona seu posto para agredir seu desafeto, civil, fora do quartel (ou teríamos o critério *ratione loci* a caracterizar o crime militar), o segundo delito, qual seja, a lesão corporal, caracterizar-se-á como delito comum, uma vez que o abandono precedente rompe o vínculo com o serviço militar prestado.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de abandonar o posto, lugar de serviço ou o próprio serviço.

Obviamente, se o militar abandona o posto (lugar de serviço ou o próprio serviço) com a crença firme de que está deixando a sua missão de forma autorizada, afastar-se-á o elemento subjetivo do delito, não havendo crime.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor se afastar de seu

posto, deixar o lugar em que devia, por imposição de sua função, permanecer, ou, ainda, no momento em que interrompe a atividade que desempenhava em serviço.

• **Tentativa:** não é possível por ser delito unissubsistente.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

3.2. Descumprimento de missão

• **Tipo legal**

Art. 196. Deixar o militar de desempenhar a missão que lhe foi confiada:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Se é oficial o agente, a pena é aumentada de um terço.

§ 2º Se o agente exercia função de comando, a pena é aumentada de metade.

Modalidade culposa

§ 3º Se a abstenção é culposa:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** o tipo em estudo tutela o serviço e o dever militares.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, visto que assim dispõe o próprio tipo.

Como também já consignado, a palavra "militar", como elemento típico do crime, conduz à conclusão de que somente o militar da ativa é que pode figurar como sujeito ativo do delito. Como exceção entendemos apenas ser possível que o inativo figure no polo ativo se estiver equiparado a militar da ativa, nos termos do art. 12 do CPM.

Como se percebe, é crime de mão própria, não admitindo a coautoria. A participação, por outro enfoque, também estará afastada, uma vez que somente é possível a participação ideal, e não material, e, como vimos, a participação sob a forma de instigação levaria à prática de delito diverso do estudado, possivelmente ao *incitamento* ou à *apologia* (arts. 155 e 156 do CPM).

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** trata-se de delito omissivo próprio cujo autor não cumpre missão que lhe foi determinada. Também há consignar que o crime estudado é de perigo, e não de dano.

Missão é atividade específica, certa, definida e inequívoca, evidentemente legal. O caráter de militar refere-se, em nosso entender, não ao tipo de atividade que se vai operar, mas sim à condição do autor, mesmo porque o militar, no exercício de suas atribuições legais, desempenha rol extenso de atividades que incluem algumas eminentemente militares e outras não, haja vista, por exemplo, a complexa atividade dos policiais militares. Dessa forma, a missão envolve qualquer atividade certa e definida que "*pertença ao conjunto de atribuições legais do ofício do militar*", seja de que Força for.

Por outro enfoque, a vinculação do caráter militar à expressão "missão", e não ao seu autor, tem, para alguns, direcionado o reconhecimento deste delito, em âmbito estadual, tão somente às condutas relacionadas à Guarda do Quartel e às operações e treinamentos de defesa territorial (ambas por serem eminentemente militares), em síntese, pouco sobrando no âmbito dos Estados e do Distrito Federal. De outra sorte, sobrariam exemplos de "missão" nas Forças

Militares federais, visto que quase todas as atividades das Forças Armadas são exclusivamente militares. Essa atipicidade, no entanto, não afasta a intervenção penal, pois o não cumprimento da missão poderia significar desobediência (art. 301 do CPM), se implicar mera omissão, ou como recusa de obediência (art. 163 do CPM), caso haja choque disciplinar entre autor e ofendido, isso em face da afronta à autoridade e à disciplina que o tipo penal carrega.

Como se infere do acima exposto, discordamos dessa construção, pois o delito em apreço busca a proteção também do dever militar, seriamente ameaçado em face do descumprimento de missão pelo militar, qualquer que seja a natureza da missão, bastando que esteja ela no espectro de atribuições do incumbido de cumpri-la. Logicamente, em tempos de exceção – estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal etc. –, missões não apropriadas aos postos e graduações podem ser conferidas, havendo o delito em face do descumprimento. Os delitos de desobediência ou de recusa de obediência, em nossa visão, exigem uma atitude afrontadora, omissiva ou comissiva, mas que indique a afronta à ordem do superior (recusa de obediência) ou da autoridade militar (desobediência). No descumprimento de missão, por seu turno, não há a insurgência contra a ordem emitida, até acatada pelo militar; porém, ainda que tenha assimilado a missão que lhe foi confiada, não a leva a cabo, interrompendo a execução ou nem mesmo a iniciando.

O delito ora em estudo possui circunstâncias especiais de aumento de pena, punindo com maior rigor o autor Oficial ou ainda aquele que esteja na função de comando, isso porque, se a missão foi designada ao Oficial ou ao comandante (seja de que grau for), é porque sua complexidade é maior e o seu descumprimento importará em risco ou até em dano muito maior. Além disso, e como não poderia deixar de ser, tanto o Oficial quanto o comandante de qualquer fração de tropa são referências a seus subordinados, e um desvio de conduta dessa ordem tem efeito extremamente pernicioso em uma tropa militar.

Por fim, frise-se que o crime em questão é subsidiário (expressamente), como se verifica no preceito secundário do art. 196.

• **Elemento subjetivo:** o tipo-base e seus §§ 1º e 2º são modalidades dolosas, ou seja, exigem a intenção, a vontade livre e consciente de descumprir a

missão.

O crime comporta também a modalidade culposa, exposta no § 3º do artigo em estudo, o que, obviamente, limitar-se-á à negligência, forma omissiva de culpa, muito embora essa distinção entre as modalidades da culpa (negligência, imperícia e imprudência) não seja absolutamente relevante para a aplicação do Código Penal Castrense, uma vez que, ao dispor sobre a culpa no art. 33, II, a lei penal militar preocupou-se com a definição em si, e não com a mera enunciação das modalidades, como o faz o Código Penal comum.

• **Consumação:** o delito se consuma com a inércia do autor no momento limite em que deveria cumprir a missão que lhe foi confiada.

• **Tentativa:** não é possível em vista de a conduta ser omissiva.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

3.3. Retenção indevida

• **Tipo legal**

Art. 197. Deixar o oficial de restituir, por ocasião da passagem de função, ou quando lhe é exigido, objeto, plano, carta, cifra, código ou documento que lhe haja sido confiado:

Pena – suspensão do exercício do posto, de três a seis meses, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. Se o objeto, plano, carta, cifra, código, ou documento envolve ou constitui segredo relativo à segurança nacional:

Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** tutelam-se o serviço e o dever militares.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, desde que seja Oficial.

A palavra "Oficial", como elementar do crime, leva à conclusão de que somente o militar ocupante de posto é que pode figurar como sujeito ativo do delito.

Apesar de o tipo penal mencionar que o sujeito ativo deverá estar em momento de passagem de uma função, donde se concluir que somente o militar da ativa poderia cometer este delito, entendemos que o Oficial inativo também pode perpetrá-lo, logicamente, se desejar com sua conduta afrontar a própria Instituição Militar; isso se deve ao fato de que aquele que deixa uma função em razão de passagem para a inatividade deverá transmitir o conjunto de atribuições que possuía, quando no serviço ativo, a seu sucessor. Para a segunda possibilidade, que não exige o momento da passagem de função, mas a simples exigência de um documento (objeto, plano, carta etc.), não há possibilidade de um inativo perpetrar o delito, porquanto não tem ele, na inatividade, a guarda de tais peças. Caso não as entregue quando de sua inativação, estará incurso na primeira modalidade.

Deve-se lembrar que o militar inativo empregado na Administração Militar de forma direta é equiparado a militar da ativa, nos termos do art. 12 do CPM, portanto, este também pode perpetrar o delito em estudo, uma vez que terá, na Administração Militar, uma função.

No que diz respeito à prática do delito em concurso, cabe frisar que, por ser um delito de mão própria, não admite a coautoria, sendo apenas possível a participação. Caso haja uma participação ideal, teremos subsunção em tipo penal diverso, seja o de *aliciação* (art. 154 do CPM), seja o de *incitamento* (art. 155 do CPM). É possível idealizar, no entanto, uma participação sob a forma de cumplicidade, por exemplo, daquele que oculta o objeto para auxiliar a omissão de entrega de um objeto (documento etc.) por um Oficial que deixa a função,

obviamente, sabendo da conduta criminosa deste.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** a conduta nuclear é "deixar de restituir", que significa não devolver, ou seja, neste delito o Oficial deixa, dolosamente, de passar àquele que o substitui na função, que até então ocupava, qualquer material inerente à atividade de que se despede.

Essa negativa implica manter consigo o veículo da informação e, por consequência, o poder sobre ela.

Objeto traduz-se por qualquer coisa móvel, obviamente atrelada à função deixada pelo sujeito ativo. Por *plano* devemos compreender todo e qualquer registro gráfico (escrito ou por gravuras) que define, evidencia uma estratégia de emprego militar. A *carta*, para o tipo em estudo, deve abranger toda representação gráfica (por gravuras, curvas de elevações geográficas etc.) que busque reproduzir um sítio geográfico. *Cifras* são "caracteres, sinais ou palavras convencionais de uma escrita que não deve ser compreendida por todos"**[1336]**, ou então a "chave ou explicação dessa escrita"**[1337]**. *Código* deve ser entendido como legenda ou instrução para se descriptografar uma informação, geralmente em forma de mensagem codificada. Finalmente, *documento* é toda peça, em regra, "escrita que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato dotado de significação ou relevância jurídica"**[1338]**.

Do que se infere acima, o tipo penal possui duas possibilidades. Inicialmente a retenção do objeto do delito ocorre no momento em que o Oficial deixa a função. Em segundo lugar, poderá haver o delito, mesmo que o Oficial continue na função, em face da sonegação de entrega, quando exigido por autoridade competente – entenda-se, aquela pessoa com poder funcional para exigir o objeto. Deve ficar bem claro, na segunda possibilidade, que é necessária a supremacia funcional daquele que exige a exibição e entrega do objeto, não bastando a supremacia hierárquica. Assim, não haverá o delito se, por exemplo, um superior hierárquico, sem precedência funcional que o capacite a ordenar,

exigir de um Oficial a entrega de um código, possuindo ele ordem expressa de seu superior funcional para não facultar o acesso ao código a ninguém.

O parágrafo único prevê a forma qualificada do delito, com limites de pena maiores, quando o objeto, plano, carta, cifra, código ou documento envolvem ou constituem segredo relativo à segurança nacional.

Por derradeiro, anote-se que estamos tratando de crime de perigo, e não de dano, sendo irrelevante se a omissão provocou ou não desdobramentos.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de reter consigo os objetos do delito.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor deixa a função que ocupava sem entregar ao seu sucessor o objeto, plano, carta, cifra, código ou documento, ou, ainda, quando nega expressamente tal entrega mediante exigência, ainda que não esteja deixando a função.

• **Tentativa:** não é possível por se tratar de delito omissivo.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** para se ter a completa compreensão da tipicidade deste delito, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, no caso de o sujeito ativo ser militar em situação de atividade. Caso o sujeito ativo seja militar inativo não equiparado a militar da ativa, a complementação da tipicidade deve dar-se pelo inciso III do mesmo artigo, em uma de suas alíneas.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

3.4. Omissão de eficiência da força

• **Tipo legal**

Art. 198. Deixar o comandante de manter a força sob seu comando em estado de eficiência:

Pena – suspensão do exercício do posto, de três meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** tutela este tipo penal, igualmente às previsões anteriores, o serviço e o dever militares.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o Comandante de *força*, portanto, não se exige apenas a qualidade de militar, mas também que esse militar esteja na função de Comandante de um efetivo caracterizado como uma *força militar*.

Embora o tipo também não grafe expressamente a palavra "militar", a utilização do termo "comandante" exclui a possibilidade de sujeição ativa por civis e inativos, exceto, neste caso, se empregados na Administração Militar e designados para a função de comandante.

Ademais, focando a análise no preceito secundário, exige-se que o Comandante de *força* seja Oficial, sob pena de não haver subsunção para o fato se o autor for Praça ou Praça Especial. Com efeito, embora o preceito primário não deixe tal situação clara, a pena cominada – *suspensão do exercício do posto, de três meses a um ano* – atrela o cometimento do delito aos Oficiais, porquanto somente eles possuem *posto*.

No que diz respeito à prática do delito em concurso, cabe frisar que, por ser um delito de mão própria, não admite a coautoria, sendo apenas possível a participação. Contudo, como não conseguimos vislumbrar a possibilidade de cumplicidade, mas, apenas, de instigação, aquele que participa de forma ideal não responderá por este delito, e sim por crime diverso, seja o de *aliciação* (art. 154 do CPM), seja o de *incitamento* (art. 155 do CPM).

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** no delito em estudo o Oficial Comandante, seja de que fração de tropa for (Pelotão, Companhia, Batalhão etc.), deixa de tomar providências no sentido de manter seus subordinados treinados para a ação necessária ao desempenho do mister daquele efetivo, não os adestrando para o emprego pessoal ou para a utilização dos meios materiais. De forma alternativa, poderá incorrer neste delito aquele que não busca fomentar os recursos materiais necessários ao eficiente desempenho do contingente sob seu comando.

Em outros termos e de forma mais alinhada ao tipo penal, deixa o Comandante de perseguir a eficiência de sua tropa, omitindo-se no treinamento e nas condições vividas pelo efetivo (higiene, alimentação, motivação, disciplina, apresentação pessoal etc.), ou ainda na manutenção do material (viatura, armamento, aquartelamento etc.) por ele usado.

A imposição ao Comandante de adestrar seus comandados é inerente à formação de comandantes e quesito permanente nos currículos dos cursos de formação, habilitação, especialização e aperfeiçoamento de Oficiais, sendo, portanto, uma preocupação constante.

Com esse escopo, as Instituições Militares promovem inúmeros cursos e estágios de especialização para comandantes e comandados, além da contínua instrução de tropa pronta que os respectivos comandantes realizam todos os dias de serviço, ao início de cada turno, orientando seus subordinados sobre o serviço e as peculiaridades daquele dia, caso existam.

É de notar que a eficiência sempre foi um objetivo perseguido pela Administração Pública em geral, ganhando expressivo relevo constitucional com a Emenda Constitucional n. 19/98, que alterou o texto do art. 37 da Lei Maior, plasmando a eficiência como um dos princípios reitores da atividade administrativa. Pelo princípio da eficiência se "impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do *bem comum*, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, *eficaz*, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social"**[1339]**. Ao tipo penal em estudo interessa ressaltar que, como a toda a Administração Pública, as Instituições Militares devem buscar o bem comum, almejando pelo racional emprego e preparo dos recursos, humanos e materiais, a eficácia orientada pela Lei Maior, ou seja, a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, no caso das Forças Armadas**[1340]**, e a preservação da ordem pública, no caso das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares**[1341]**, estes especificamente nas atividades regidas por lei, além das atividades de defesa civil.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de manter seus subordinados ineficientes ou alheios aos materiais e equipamentos disponíveis.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor deixa de determinar ou providenciar instrução aos seus subordinados acerca do preparo pessoal ou de determinado material.

Evidentemente, é difícil a mensuração dessa circunstância, motivo pelo qual, muitas vezes, ela só é percebida quando há necessidade de efetivo emprego da tropa adestrada, não se mostrando ela eficiente.

• **Tentativa:** não é possível, no nosso entendimento, em vista de a conduta ser omissiva.

Célio Lobão**[1342]**, no entanto, admite a tentativa no caso de o Comandante, dolosamente, manter sua tropa sem instrução acerca de determinado material e, portanto, ineficiente, sendo que seus subordinados, às escondidas, treinam o efetivo, restando-lhe somente a tentativa. Com o devido acatamento, temos que, em sendo o núcleo da conduta "deixar" e não se tendo referência temporal a ser imposta, não cabe a responsabilização por aquilo que não aconteceu, podendo, todavia, a conduta do Comandante constituir outro delito, a exemplo do crime de *descumprimento de missão* (art. 196 do CPM) ou de *inobservância de lei, regulamento ou instrução* (art. 324 do CPM).

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

3.5. Omissão de providências para evitar danos

• **Tipo legal**

Art. 199. Deixar o comandante de empregar todos os meios ao seu alcance para evitar perda, destruição ou inutilização de instalações militares, navio, aeronave ou engenho de guerra motomecanizado em perigo:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se a abstenção é culposa:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** tutelam-se o dever e o serviço militares, o primeiro em razão da obrigação de cuidado que possui o Comandante, o segundo pela possibilidade de prejuízo ao serviço militar em face da danificação de instalações e equipamentos.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, que esteja investido da função de Comandante de navio, aeronave, engenho de guerra motomecanizado ou instalação militar, seja Oficial ou Praça.

Como o crime se restringe, pois, ao Comandante como sujeito ativo, não se exige apenas a qualidade de militar, mas, ainda, que esse militar esteja na função de Comandante.

A utilização do termo “comandante”, ademais, exclui a sujeição ativa de civis e de inativos, exceto, no segundo caso, se empregados na Administração Militar e designados para a função de Comandante.

No que diz respeito a concurso, cabe frisar que, por ser um delito de mão própria, não admite a coautoria, sendo apenas possível a participação. Contudo, como não conseguimos vislumbrar a possibilidade de cumplicidade, mas só de instigação, aquele que participa de forma ideal não responderá por este delito, e sim por crime diverso, ou seja, de *aliciação* (art. 154 do CPM), ou de *incitamento* (art. 155 do CPM).

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** neste delito, o Comandante (de Área, Batalhão, Companhia, Pelotão, Grupo etc.) deixa de empenhar-se, mostra-se indiferente ou não se dedica integralmente a salvar os materiais ou instalações que estão sob seu comando. Em outros termos, o Comandante deixa de agir, quando devia, para evitar perda (extravio, desaparecimento), destruição (quebra, rompimento que prejudica total ou parcialmente a finalidade do objeto) ou inutilização (a coisa permanece intacta, mas não se presta mais ao fim para o qual foi produzida).

O objeto da proteção ora cobrada (objeto do crime) é constituído pelas *instalações militares* (sede de quartéis, em qualquer nível), *navio* (qualquer embarcação militar, nos termos do art. 7º, § 3º, do CPM), *aeronave* ou *engenho de guerra motomecanizado* (carros de combate, canhões autopropulsados), sendo imprescindível que qualquer deles esteja em perigo. Esse perigo pode ser decorrente de incêndios, de fenômenos naturais (maremoto, terremoto, enchente etc.), encalhe, naufrágio, queda e outros de natureza semelhante.

• **Elemento subjetivo:** admite o dolo, a vontade livre e consciente ou ainda a assunção do risco de abster-se.

O crime comporta também a modalidade culposa, exposta no parágrafo único, o que, obviamente, limitar-se-á à negligência, forma omissiva de culpa, muito embora essa distinção entre as modalidades da culpa (negligência, imperícia e imprudência) não seja absolutamente relevante para a aplicação do Código Penal Castrense, uma vez que, ao dispor sobre a culpa, no art. 33, II, a lei penal militar preocupou-se com a definição em si, e não com a mera enunciação das modalidades, como o faz o Código Penal comum. Como exemplo, cite-se o Comandante que deixa de se empenhar na proteção dos materiais já arrolados, por ter negligenciado na avaliação da proporção do sinistro.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor deixa de tomar providência, estando diante do evento.

• **Tentativa:** não é possível em vista de a conduta ser omissiva.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

3.6. Omissão de providências para salvar comandados

• **Tipo legal**

Art. 200. Deixar o comandante, em ocasião de incêndio, naufrágio, encalhe, colisão, ou outro perigo semelhante, de tomar todas as providências adequadas para salvar os seus comandados e minorar as consequências do sinistro, não sendo o último a sair de bordo ou a deixar a aeronave ou o quartel ou sede militar sob seu comando:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se a abstenção é culposa:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** tutela-se o dever militar, materializado na obrigação de ação do Comandante em salvar seus comandados e minorar as consequências do sinistro.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, que esteja investido da função de Comandante de navio, aeronave ou instalação militar, seja Oficial ou Praça.

Como o crime se restringe, portanto, ao Comandante como sujeito ativo, não se exige apenas a qualidade de militar, mas ainda que esse militar esteja na função de Comandante.

A utilização do termo “comandante”, ademais, exclui a sujeição ativa de civis e de inativos, exceto, no segundo caso, se empregados na Administração Militar e designados para a função de Comandante.

No que diz respeito à prática do delito em concurso, cabe frisar que, por ser um delito de mão própria, não admite a coautoria, sendo apenas possível a participação. Contudo, como não conseguimos vislumbrar a possibilidade de cumplicidade, mas só de instigação, aquele que participa de forma ideal não responderá por este delito, e sim por crime diverso, ou seja, de *aliciação* (art. 154 do CPM), ou de *incitamento* (art. 155 do CPM).

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o presente artigo difere do delito anterior no que concerne ao objeto a ser protegido. No disposto no art. 199 a proteção recaía sobre coisas; aqui, a omissão do Comandante se dá em relação à proteção de pessoas sob seu comando.

Como responsável por todos os seus subordinados, estando todos em situação de perigo, ele deve empenhar-se, com todas as suas forças, para salvá-los, dando-lhes, ainda, o direito de precedência, pois ele, na função que ocupa, não pode invocar o estado de necessidade, uma vez que tem o dever de enfrentar (arrostar) o perigo, conforme reza o art. 43 do CPM.

O enunciado no presente artigo não pode funcionar como sentença impositiva de suicídio para o Comandante. Em outros termos, o que se impõe é que ele se empenhe ao máximo para salvar seus comandados, obviamente aqueles que possam ser salvos. O fato de um, ou até vários, comandados não poderem ser resgatados não obriga o Comandante a permanecer na embarcação (aeronave ou quartel) até a morte.

Como limita o tipo penal, trata-se de Comandante de navio, o que se conclui pela expressão “sair de bordo”, aeronave ou qualquer quartel ou sede militar, alcançando até mesmo a sede de um destacamento.

Por ser de fácil compreensão, o tipo grafa que os subordinados devem estar sob perigo trazido por incêndio, naufrágio, encalhe e colisão, porém não

esgota as possibilidades de sinistros, admitindo, também, perigos semelhantes.

• **Elemento subjetivo:** admite o dolo, a vontade livre e consciente ou ainda a assunção do risco de se abster.

O crime comporta ainda a modalidade culposa, exposta no parágrafo único, o que, obviamente, limitar-se-á à negligência, forma omissiva de culpa, muito embora essa distinção entre as modalidades da culpa (negligência, imperícia e imprudência) não seja absolutamente relevante para a aplicação do Código Penal Castrense, uma vez que, ao dispor sobre a culpa, no art. 33, II, a lei penal militar preocupou-se com a definição em si, e não com a mera enunciação das modalidades, como o faz o Código Penal comum.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor deixa de tomar providência, estando diante do evento.

• **Tentativa:** não é possível em vista de a conduta ser omissiva.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

3.7. Omissão de socorro

• **Tipo legal**

Art. 201. Deixar o comandante de socorrer, sem justa causa, navio de guerra ou mercante, nacional ou estrangeiro, ou aeronave, em perigo, ou náufragos que hajam pedido socorro:

Pena – suspensão do exercício do posto, de um a três anos, ou reforma.

• **Objetividade jurídica:** este delito tutela o dever militar, materializado na obrigação de solidariedade que possui o Comandante em face de um clamor por socorro.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o Comandante, seja de que fração for, portanto, não se exige apenas a qualidade de militar, mas ainda que esse militar esteja na função de comandante.

Embora o tipo também não use expressamente a palavra "militar", a utilização do termo *Comandante*, exclui a possibilidade de sujeição ativa por civis e inativos, exceto, no segundo caso, se empregados na Administração Militar e designados para a função de Comandante.

Ademais, focando a análise no preceito secundário, exige-se que o Comandante em questão seja Oficial, sob pena de não haver subsunção para o fato se o autor for Praça ou Praça Especial. Com efeito, embora o preceito primário não deixe tal situação clara, a pena do delito, ao ser fixada em *suspensão do exercício do posto de um a três anos ou reforma*, atrela o cometimento do delito aos Oficiais, porquanto somente eles possuem *posto*.

No que diz respeito a concurso, cabe frisar que, por ser um delito de mão própria, não admite a coautoria, sendo apenas possível a participação. Contudo, como não conseguimos vislumbrar a possibilidade de cumplicidade mas só de instigação, aquele que participa de forma ideal não responderá por este delito, e sim por crime diverso, ou seja, de *aliciação* (art. 154 do CPM), ou de *incitamento* (art. 155 do CPM).

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** neste crime o Comandante (de Área, Batalhão, Companhia, Pelotão, navio, aeronave etc.) toma conhecimento de que um navio ou aeronave está em perigo ou ainda recebe pedido de socorro de náufragos (os que estão na água abandonados à própria sorte), não prestando o devido socorro.

Em outros termos, em qualquer das situações acima, o sujeito ativo se omite, deixa de tomar providência, de auxiliar diretamente, e, não podendo

atender ao clamor por socorro, deixa de solicitar apoio a quem o pudesse dar. A responsabilização ocorre pela inércia verificada diante do perigo e da necessidade de socorro. Evidentemente, o Comandante a que se refere este artigo não é o do próprio navio ou aeronave em perigo (mesmo porque, para tanto, temos a previsão do artigo anterior), mas sim de outra aeronave ou navio que, tendo condições de prestar o socorro necessário, omite-se.

Note-se que o tipo penal exige, para a configuração do delito, que a omissão se dê "sem justa causa", expressão que podemos entender como sinônima de falta de excludente de ilicitude, o que torna a previsão despicienda, visto que, obviamente, havendo a justa causa, a conduta estará justificada, não havendo o delito. No entanto, parece que o legislador decidiu resolver a questão na tipicidade, e não na avaliação da antijuridicidade.

Na esfera estadual, pouco sobra de terreno para esta previsão, pois as únicas unidades que eventualmente tenham barcos aptos a promover socorro de navios e náufragos são as da Polícia Ambiental e do Corpo de Bombeiros, este segundo, por sinal, com a missão específica de promover a salvaguarda dessa ordem, motivo pelo qual a probabilidade de que atuem como autores do delito sob estudo é mínima.

Destaque-se que o delito de mesmo nome que vem capitulado no art. 135 do CP comum tem definição diversa e bem mais abrangente, incluindo a criança abandonada ou extraviada, a pessoa inválida, ferida, desamparada ou em grave ou iminente perigo. Essa identidade quanto ao *nomen juris* e a diversidade de descrição merecem atenção para que não haja confusão por parte do aplicador do Direito, uma vez que essas "outras vítimas" arroladas pela legislação penal comum são atípicas, desprotegidas pelo respectivo tipo penal castrense.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de não prestar socorro, conhecendo o perigo ou o pedido de socorro.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor, conhecedor da situação de risco e devendo prestar o socorro, deixa de fazê-lo.

• **Tentativa:** não é possível em vista de a conduta ser omissiva.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

3.8. Embriaguez em serviço

• **Tipo legal**

Art. 202. Embriagar-se o militar, quando em serviço, ou apresentar-se embriagado para prestá-lo:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal em estudo tutela o serviço militar, em risco extremado pela presença de um integrante embriagado, e o dever militar, já que o militar, cônscio da importância de sua atividade, não pode ceder a certas situações que comprometam a missão conferida às Instituições Militares.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar (federal ou estadual), que deve ser compreendido, nos termos do art. 22 do CPM, como o militar em situação de atividade.

É delito de mão própria, não admitindo a coautoria. Por outro lado, admite a participação, que, por óbvio, deve ser a título de cumplicidade, por exemplo, aquele que fornece a substância que causou a embriaguez ao militar de serviço. Caso a participação seja ideal, aquele que instigou responderá por delito diverso, a saber, o de *incitamento* ou o de *apologia* (arts. 155 e 156 do CPM). Nada impede, no âmbito federal, que essa participação seja por um civil e, tanto no âmbito federal como no estadual, que seja partícipe no crime o militar inativo (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM).

O militar inativo, por fim, poderá perpetrar este delito se estiver sendo empregado na Administração Militar, conforme expõe o art. 12 do Código Castrense.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** a conduta é "embriagar-se", estando o autor em serviço, ou ainda "apresentar-se embriagado" para iniciar o serviço. Para tanto, o autor, livremente, deve ingerir, autoadministrar, substância que o conduza ao estado de embriaguez. Exclui-se, dessa forma, a ingestão ou administração de substância contra a vontade do agente, mediante o emprego de força.

Ponto central do crime, como se pode perceber, é a definição do estado de embriaguez, o que ocorrerá, em regra, pela constatação de profissionais da área médica, que realizarão perícia no militar supostamente embriagado.

A perícia pode lançar mão de dois exames: o clínico e o de dosagem de substância (laboratorial).

O primeiro – exame clínico – decorre da observação do médico sobre os efeitos da substância no militar, utilizando-se para tanto da avaliação de vários quesitos, lembrados por José da Silva Loureiro Neto, como: "aparência (sonolento, faces congestas, olhos vermelhos, baba, soluço, vômito, vestes desalinhadas), atitude (excitado, arrogante, loquaz, deprimido), orientação no tempo e no espaço (onde está, que dia e que horas são), memória (onde mora, lembra-se do que fez), prova de cálculo simples, elocução (fala com clareza, consegue ler trecho qualquer), marcha e equilíbrio (anda com os olhos fechados), coordenação motora (apanha um objeto pequeno), prova escrita, pupilas (dimensões, reações), sensibilidade (tátil, térmica e dolorosa) e hálito"**[1343]**. Necessário que se diga que tal perícia não carece de autorização do autor, pois depende tão somente da observação médica e de eventual colaboração do interessado, mas que, mesmo que inexista, não impede que o médico tire suas conclusões pelos quesitos de que dispõe.

O segundo é o exame de dosagem, na corrente sanguínea, de

substância que leve à embriaguez, o que exige coleta de material orgânico do sujeito ativo e, por esse motivo, carece de prévia autorização do próprio periciado, mesmo porque, para tal coleta se promove a lesão corporal no suspeito. Ademais, como bem se firmou com o passar dos tempos, ninguém está obrigado a produzir prova que possa ser usada contra si próprio (*nemo tenetur se detegere*), constituindo um direito público subjetivo do suspeito, corolário do princípio da presunção do estado de inocência, grafado no inciso LVII do art. 5º da Lei Maior, e do direito ao silêncio, que não se restringe, assim postula a doutrina unânime, ao preso, assegurado no inciso LXIII do art. 5º da CF**[1344]**. Essa construção, note-se, impede que se tome qualquer medida contra o recalcitrante suspeito que se negue a fornecer material orgânico, seja na esfera penal (crime de desobediência, p. ex.), seja na esfera disciplinar, visto que os princípios enumerados não se restringem somente ao Direito Penal ou Processual Penal, mas possuem *status* constitucional.

O exame clínico é de resultado instantâneo e o de dosagem de substância poderá demorar horas ou, em face de questões burocráticas, até dias, dependendo das condições do laboratório onde se processará.

No que concerne à embriaguez por álcool – a mais usual, verificando-se na quase totalidade dos casos –, a valoração do exame clínico e de dosagem foi alvo de muitas discussões nas oportunidades em que esses exames divergiam. Até um passado recente o exame de dosagem, por ser "mensurado matematicamente", preponderava. Assim, se o exame clínico apontasse alcoolizado, e o de dosagem (cujo resultado chegaria dias depois), embriagado, deveria ser baixada Portaria de IPM para a apuração do fato. O inverso poderia promover a soltura do acusado e o arquivamento do feito por inexistência de crime. A interpretação, entretanto, vem se modificando nos últimos tempos, pois se percebeu, com muita razão, que a mesma quantidade de álcool no sangue de pessoas com diferentes resistências a essa droga gerava, por consequência, diferentes resultados na capacidade de autodeterminação de cada uma delas. Em vista disso, passou-se a dar mais importância ao que se verifica no aspecto físico e mental (exame clínico) para concluir se o agente está ou não embriagado por álcool.

Questão interessante cinge-se à possibilidade de ocorrência do delito sem laudo constatando a embriaguez, mas havendo forte conteúdo probatório evidenciando o fato. A existência do laudo pericial é muito importante, porém não é imprescindível para o reconhecimento do delito nos casos em que, por exemplo, seja impossível a constatação da embriaguez por profissional habilitado. Os juízes, calcados nas provas produzidas no bojo do processo, poderão chegar à conclusão da embriaguez, já que o juiz, como se sabe, é o perito dos peritos (*peritus peritorum*). Anuindo nessa visão, Damásio de Jesus, ao comentar a embriaguez ao volante à luz do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), consignou que a não obrigatoriedade de produção de provas incriminadoras pelo acusado não desprotege a ordem social, já que, na "área criminal, mantido o delito de embriaguez ao volante, o fato pode ser provado mesmo na ausência do exame do 'bafômetro', de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: 'Havendo outros elementos probatórios, de regra, lícitos, legítimos e adequados para demonstrar a verdade judicialmente válida dos fatos, não há razão para desconsiderá-los sob o pretexto de que o art. 158 do CPP admite, para fins de comprovação da conduta delitiva, apenas e tão somente, o respectivo exame pericial'"**[1345]**. Também esse é o comportamento dos tribunais, a exemplo do que decidiu o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

"*Ementa*: Na impossibilidade de realização do exame de dosagem alcoólica, a condenação deve ser embasada na prova testemunhal indicativa da condição do policial militar na ocasião, além da própria admissão de seu estado de embriaguez. A falta de revista ou preleção à equipe, apesar de destoar da prática profissional costumeira, não caracteriza omissão do superior hierárquico e nem ilide a conduta praticada pelo agente" (Ap. Crim. 5.198/03, Proc. n. 30.653/01, 1ª Auditoria, rel. Juiz Paulo Prazak, j. 7-10-2004)**[1346]**.

Outro ponto a ser investigado diz respeito à possibilidade de embriaguez por outra substância que não o álcool, a exemplo de substâncias entorpecentes como a cocaína e outras drogas ilícitas. A embriaguez, como visto acima, é um estado físico e mental que, particularmente nas atividades cotidianas das Instituições Militares, significa um risco extremado para a consecução dos objetivos de cada Força, sendo irrelevante ao tipo penal se provém esse estado do

álcool, da cocaína, enfim, de qualquer outra substância que o possa gerar. Por essa razão, haverá o delito se o militar, por exemplo, apresentar-se para o serviço sob efeito de substância entorpecente.

O nosso Código Penal Militar, deve-se ressaltar, não faz na Parte Geral a mesma construção do Código Penal comum. Segundo este, a embriaguez, claramente, pode ser por substância de efeitos análogos aos do álcool, conforme se deflui da análise do inciso II do art. 28 ("a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos"). Isso leva a doutrina, a exemplo de Rogério Greco, a postular que o "Código Penal fez menção, ainda, a outra substância de efeitos análogos, podendo-se amoldar a essa definição as substâncias tóxicas e entorpecentes, tais como a cocaína, o ópio etc."**[1347]**. O CPM, por sua vez, não seguiu tal construção, por exemplo, no art. 49, quando trata da inimputabilidade por embriaguez. Todavia, pode-se inferir tal construção da análise sistemática do diploma castrense, tomando por base o delito de embriaguez ao volante do art. 279, que adiante comentaremos, o qual dispõe que é crime dirigir "veículo motorizado, sob administração militar na via pública, encontrando-se em estado de embriaguez, por bebida alcoólica, ou qualquer outro inebriante", deixando claro que não é o álcool a única substância a levar à embriaguez.

Obviamente, se o militar é surpreendido com a substância entorpecente no interior do quartel, consumindo-a ou prestes a consumi-la, sua conduta será subsumida pelo tipo penal do art. 290 do CPM, independentemente de seu estado de embriaguez.

No que concerne ao feito de polícia judiciária adequado, havendo a constatação da embriaguez por laudo pericial decorrente de exame clínico, dever-se-á proceder à lavratura do auto de prisão em flagrante delito. Por outro lado, caso não haja a emissão imediata do laudo, correta será a comunicação disciplinar do fato, aguardando-se a chegada do resultado do exame pericial para se deliberar acerca da instauração ou não de inquérito policial militar. Caso não seja possível a elaboração de exame clínico ou laboratorial por alguma razão (falta de médicos, p. ex.), mas havendo provas testemunhais várias que o supram, será adequada a instauração de inquérito policial militar para que o membro do *Parquet* decida, *a posteriori*, se há ou não os indícios da infração

penal militar e, consequentemente, ofereça ou não a denúncia. Nas duas últimas hipóteses (demora na emissão do laudo ou mesmo a inexistência do laudo com provas outras da embriaguez) poderá a autoridade presente no local utilizar-se de artifício disciplinar para manter sob olhos o militar possivelmente embriagado, a exemplo do recolhimento disciplinar.

Já dissemos, mas é preciso reforçar, que somente haverá delito se o militar se embriagar durante a execução do serviço, não importando qual sua natureza (guarda, plantão, policiamento ostensivo, expediente etc.), ou se ele se apresentar para prestá-lo embriagado, o que entendemos como a presença física do militar em revista de início de serviço (parada matinal, p. ex.) ou perante o superior responsável pelo serviço prestado (Cabo da Guarda, Comandante de Prontidão etc.). Nesse sentido, não haverá o crime em estudo no caso de o militar deixar sua residência totalmente embriagado, fardado e armado, não conseguindo, devido ao seu deplorável estado, chegar no local de seu serviço para início de sua jornada. Também não haverá delito de embriaguez no caso em que o militar se embriaga no dia anterior ao seu serviço, pernoitando no quartel e deixando de apresentar-se na revista para o início do serviço, permanecendo no alojamento em sono profundo.

Por fim, é oportuno destacar que a embriaguez não se converte em manto protetor para a realização de qualquer conduta ilícita posterior. Tudo que se faz à revelia da lei, sob o estado da embriaguez que não é fortuita e completa, tem sido alvo de apreciação na respectiva esfera. A título de exemplo, nos autos da Apelação Criminal n. 5.724/07, do Tibunal de Justiça Militar do Etado de São Paulo, o relator, Juiz Paulo Adib Casseb, na discussão de questão envolvendo a embriaguez, afirma:

"Extrai-se da doutrina que 'a embriaguez não acidental jamais exclui a imputabilidade do agente, seja voluntária, culposa, completa ou incompleta. Isso porque ele, no momento em que ingeria a substância, era livre para decidir se devia ou não o fazer. A conduta, mesmo quando praticada em estado de embriaguez completa, originou-se de um ato de livre-arbítrio do sujeito, que optou por ingerir a substância quando tinha a possibilidade de não o fazer. A ação foi livre na sua causa, devendo o agente, por essa razão, ser responsabilizado', como ensina Fernando Capez (Curso de Direito Penal. 12ª ed. São Paulo:

Saraiva, 2008, p. 314).

(...)

Heleno Cláudio Fragoso explica que 'a imputabilidade, regra geral, deve ser objeto de exame ao tempo da ação ou da omissão, mas, em se tratando de embriaguez, adotou-se a teoria da *actio libera in causa*, segundo a qual não deixa de ser imputável quem se pôs em situação de inconsciência ou de incapacidade de autocontrole, dolosa ou culposamente (em relação ao fato que constitui o delito) e, nessa situação, comete o crime'(cf. Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 209).

Segue a mesma orientação a jurisprudência, como se verifica nos julgados abaixo relacionados:

APELAÇÃO CRIMINAL N. 21943

Relator(a): Carlos Vieira von Adamek

Comarca: Piraju

Órgão julgador: 2ª Turma Cível TJSP

Data do julgamento: 19/12/2008

Data de registro: 27/01/2009

Ementa: PENAL – DESACATO – PROVA DE AUTORIA SUFICIENTE À PROLAÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. Alegação de atipicidade de conduta e falta de provas – Acusado que admitiu em ambas as fases procedimentais a prática da infração, sendo suas palavras corroboradas pela prova testemunhal produzida – Cerceamento de defesa inocorrente – Embriaguez voluntária que não exclui o dolo nem a imputabilidade do agente (CP, art. 28, II) – Coação irresistível para a prática do crime Inexistente – Sentença confirmada – Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 004904/00 (Feito n. 024204/99 – 1ª AUDITORIA)

Relator Evanir Ferreira Castilho

Orgão 1ª Câmara TJMESP

Votação Unânime

Julgamento 21/05/2002

Ementa: Para a caracterização do delito de violência contra superior é desnecessário que o agente, policial militar, produza lesão corporal na vítima. A embriaguez voluntária do acusado não o beneficia.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 004643/98 (Feito n. 015903/96 – 4ª AUDITORIA)

Relator Avivaldi Nogueira Júnior

Orgão 1ª Câmara TJMESP

Votação Unânime

Julgamento 14/05/2002

Ementa: Aspirante a Oficial, de folga, civilmente trajado, no interior de casa noturna, agride Cabo da Polícia Militar, em serviço, com palavras de baixo calão. Descaracterizada a embriaguez involuntária (art. 49 do CPM) a beneficiar o réu. Desacato a militar tipificado".

Em suma, como se percebe, e como discorremos nos tipos penais em espécie, a embriaguez voluntária não tem o condão, segundo a jurisprudência, de afastar a prática de ilícitos penais sob sua influência.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de se embriagar, estando em serviço ou prestes a assumi-lo. Cabe lembrar, especialmente neste caso, que o dolo eventual existe e se mostra claramente na hipótese daquele que diz saber "beber socialmente" ou daquele que, sabendo que estará de serviço no dia seguinte, bebe além da medida, chegando ao estado de embriaguez, e se apresenta para início do serviço.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor alcança o estado de embriaguez, mensurado por avaliação médica (clínica ou laboratorial) ou por provas testemunhais.

• **Tentativa:** não é possível, em vista de ser crime instantâneo.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entedimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

3.9. Dormir em serviço

• **Tipo legal**

Art. 203. Dormir o militar, quando em serviço, como oficial de quarto ou de ronda, ou em situação equivalente, ou, não sendo oficial, em serviço de sentinela, vigia, plantão às máquinas, ao leme, de ronda ou em qualquer serviço de natureza semelhante:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal em estudo tutela o serviço militar, ameaçado e em alguns casos efetivamente lesado em face da desatenção do militar que descuida de sua missão para dormir, e o dever militar, já que, cônscio da importância de sua atividade, o militar deve ter em mente o ânimo forte de cumprimento de sua missão.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar (federal ou estadual), que deve ser compreendido, nos termos do art. 22 do CPM, como o militar em situação de atividade, mormente pelo fato de o tipo exigir a condição de estar de serviço.

É delito de mão própria, não admitindo a coautoria. Por outro lado, admite a participação, que, por óbvio, deve ser a título de cumplicidade, por exemplo, aquele que, sabedor da condição de serviço do militar, fornece ou

empresta-lhe petrechos para dormir durante o serviço. Caso a participação seja ideal, aquele que instigou responderá por delito diverso, a saber, os de *incitamento* ou de *apologia* (arts. 155 e 156 do CPM). Nada impede, no âmbito federal, que essa participação seja por um civil e, tanto no âmbito federal como no estadual, que seja partícipe no crime o militar inativo (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM).

No caso do militar inativo empregado na Administração Militar, conforme expõe o art. 12 do Código Castrense, em princípio não poderá cometer este delito, porquanto somente o poderão aqueles que desempenhem a função discriminada no tipo penal. Excepcionalmente, se a função do inativo se adaptar àquelas consignadas no art. 203, a prática do delito por ele será possível.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o verbo nuclear do chamado *delito do sono* é "dormir", que significa desligar-se do que se passa à sua volta, perder a noção do ambiente que o envolve, seja por pouco tempo ("cochilo"), seja por longa duração (sono profundo). Já que o tempo em que o militar dorme é elemento não delimitado no tipo em estudo, basta que no tempo em que a pessoa se desligou da realidade haja a ameaça aos bens jurídicos tutelados, ou seja, o dever e o serviço militares.

Inicialmente, o tipo aponta a conduta criminosa do Oficial que dorme estando de quarto ou de ronda, ou em situação equivalente; logo, em exercício de atividade que implique vigilância.

Oficial de Quarto, já dispusemos sobre ele quando comentamos o delito capitulado no art. 158 do CPM, traduz-se por aquele que possui uma incumbência específica de vigilância por um período determinado, designado como quarto de serviço. Por *Oficial de Ronda* deve-se compreender toda e qualquer função do serviço próprio das Forças Militares, que tenham como missão a execução de rondas de vigilância. No *Oficial de Quarto* há o limite temporal, ou seja, durante o espaço de tempo de determinação de atividade de vigilância. Já no *Oficial de Ronda* a sua compreensão encontra parâmetros na

atividade desenvolvida, de ronda, de fiscalização do efetivo sob seu comando. Nesse contexto, poderíamos citar como exemplo de *Oficial de Ronda* o *Comandante de Força Patrulha* (conhecido por CFP)**[1348]** no serviço de policiamento ostensivo das Polícias Militares.

Para Praças, o CPM também enumera as funções em que o delito pode ocorrer, a saber, a função de *sentinela*, *vigia*, *plantão às máquinas*, *ao leme*, *de ronda* ou em qualquer serviço de natureza semelhante. Repare-se que, como dito, todas as atividades enumeradas são de vigilância, o que exclui a possibilidade de ocorrer o delito em apreço por aquele que esteja em atividade administrativa**[1349]**, na tropa que espera em prontidão a oportunidade de ser acionada para emprego em determinada operação.

É de notar que o tipo em apreço permite a interpretação analógica, não esgotando o rol de funções em que dormir em serviço configurar-se-á crime. Por essa razão, é perfeitamente possível a ocorrência do delito no serviço de policiamento ostensivo das Polícias Militares, uma vez que, se Oficial, como já postulamos, enquadrar-se-á na figura do *Oficial de Ronda*, e, se Praça, estará em serviço de natureza semelhante ao de ronda**[1350]**. Note-se que o Policial Militar que realiza patrulhamento em determinada região, em verdade, vigia a área sob o prisma da preservação da ordem pública.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de dormir em serviço de vigilância.

Evidentemente, todo militar flagrado dormindo em serviço dirá que não tinha a intenção nem assumiu o risco, tendo sido vencido por uma necessidade fisiológica. A mensuração de dolo ou culpa pode ser instruída pelas circunstâncias em que se deram os fatos. Logicamente, se a Sentinela em seu quarto de hora encontra local confortável para sentar-se e encostar-se, indevidamente, assume o risco de ser vencida pelo sono. A título de exemplo, tome-se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 5.347/04, julgada em 16 de agosto de 2005, sob a relatoria do Juiz Cel. PM Fernando Pereira:

"As alegações de problemas de saúde do policial militar como

justificativa para seu ato não podem ser acolhidas, pois age com dolo quem desempenha funções como as relacionadas no artigo 203 do CPM e vem a se deitar, de cinto afrouxado e sem sapatos, apagando as luzes e fechando a porta da sala onde deveria prestar seus serviços".

Diferente disso é o patrulheiro que, recebendo a determinação para ficar em posto fixo e ermo com a viatura, sentado dentro dela por serem fortes o frio e a chuva, a altas horas da madrugada, sem local de abrigo fora do veículo, cai no sono estando o banco na posição normal e, pela posição física em que foi flagrado, não se evidenciando o "dormir premeditado", tudo indicando que dormir não era sua intenção, mas sim que fora vencido pelo sono. Diferente situação é a daquele que foi flagrado com o banco da viatura rebaixado e com algum objeto colocado como travesseiro para lhe facilitar a acomodação e o sono. Em suma, a avaliação das circunstâncias e detalhes em que se der o evento é que poderá dar convicção àquele que flagrou o autor no sono para identificar a intenção dele.

A punição, exclusivamente a título de dolo, é que tira deste delito a pecha de abusivo, pois não exige do militar condição sobre-humana, mas, sim, pune aquele que tem a intenção, a vontade de violar seu serviço e seu dever funcional.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor adormece, ou seja, perde a consciência daquilo que se passa à sua volta, desliga-se da realidade que o cerca, independentemente do tempo de duração.

• **Tentativa:** é inadmissível por ser crime unissubsistente.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

4. DO EXERCÍCIO DE COMÉRCIO

4.1. Exercício de comércio por oficial

• **Tipo legal**

Art. 204. Comerciar o oficial da ativa, ou tomar parte na administração ou gerência de sociedade comercial, ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou cotista em sociedade anônima, ou por cotas de responsabilidade limitada:

Pena – suspensão do exercício do posto, de seis meses a dois anos, ou reforma.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal em estudo tutela o serviço militar, ameaçado em razão da possibilidade de um Oficial, que detém certa ascendência sobre a tropa, poder comerciar. Tutela-se, ainda, o dever militar, porquanto o Oficial, cônscio de suas responsabilidades e seus deveres de abstenção, sabe de sua situação privilegiada a favorecer a mercancia, podendo isso levar a uma relação escusa, nociva à disciplina da tropa.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar (Oficial), federal ou dos Estados.

A palavra "oficial", como elementar do crime, leva à conclusão de que somente o militar ocupante de posto é que pode figurar como sujeito ativo do delito. O tipo penal, ademais, somente alcança o Oficial da ativa, excluindo-se, pois, as figuras do Oficial da reserva e reformado.

No que concerne ao agregado, pelo que já expusemos nos comentários à Parte Geral, o consideramos militar em situação de atividade para fins penais militares, muito embora alguns Estados o tenham como integrante de uma inatividade temporária, podendo, portanto, figurar no polo ativo do delito em estudo.

Também poderá figurar no polo ativo o militar inativo empregado na Administração Militar de forma direta, pois equiparado a militar da ativa, nos

termos do art. 12 do CPM.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o delito em relevo, permanente e de mera conduta, possui três hipóteses nucleares de sua prática: *comerciar*, *tomar parte na administração ou gerência de sociedade comercial, ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou cotista em sociedade anônima, ou por cotas de responsabilidade limitada*. Essas hipóteses, no entanto, podem ser polarizadas em prática de comércio (comerciar) e vinculação a sociedade comercial (tomar parte na administração ou ser sócio).

A primeira hipótese cinge-se ao ato de comerciar. Deve-se ter em foco, como muito bem ressaltou Célio Lobão, que a lei penal militar não cuidou de uma conceituação legal do "ato de comércio", conforme a técnica da doutrina comercialista, mas apenas indicou o verbo sem o rigor científico daquele ramo do Direito, sendo essa, inclusive, a visão da Suprema Corte**[1351]**. Nesse contexto, comerciar poderia ser definido como a compra e venda, reiteradamente, com finalidade de lucro, ou mesmo a intermediação de mercadorias ou de bens e serviços feita pelo militar detentor de posto (Oficial). Não há, ademais, a necessidade de que o militar seja definido como comerciante nos termos das antigas disposições do Código Comercial, seja regular, seja de fato, tampouco de que as transações comerciais sejam registradas por documentos, mesmo porque, o militar, conhecendo a restrição que paira sobre si, providenciará para que seu nome não conste em nenhum dos documentos lavrados, bastando, dessa forma, a prova testemunhal. Como exemplo teríamos o Oficial que vende e compra reiteradamente veículos (que não são para seu uso pessoal ou de sua família), com a finalidade de auferir, dessas negociações, o lucro, mesmo que, por qualquer questão de mercado, não o consiga. Note-se que, por fim, a atual realidade trazida pelo Código Civil de 2002, com o novo direito de empresa, nada altera a compreensão dada, já que o Código Penal Militar não se apegou aos conceitos legais de comércio, e sim à compreensão ampla e vulgar do termo.

Por outro bordo, a calmaria verificada na primeira hipótese não se

repete nas subsequentes, uma vez que ligadas ao conceito de *sociedade comercial*, conceito legal que hoje possui novos contornos em razão da edição da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil).

Antes de ingressarmos na polêmica do tipo penal em estudo, cumpre-nos fazer uma breve abordagem acerca do Direito Comercial e sua nova realidade.

Como bem sabemos, o Direito Comercial tem origem na Idade Média, período em que as cidades medievais foram tomadas pelas feiras e corporações. Essa realidade deu origem a uma nova atividade econômica, qual seja, a atividade do comerciante. Surge, com isso, uma classe, a burguesia, que carecia fazer frente aos atos dos senhores feudais que iam de encontro aos interesses da nova profissão. Rubens Requião dispõe que é "nessa fase histórica que começa a se cristalizar o direito comercial, deduzido das regras corporativas e, sobretudo, dos assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules, juízes designados pela corporação, para, em seu âmbito, dirimirem as disputas entre comerciantes... Temos, nessa fase, o período estritamente subjetivista do direito comercial a serviço do comerciante, isto é, um direito corporativo, profissional, especial, autônomo, em relação ao direito territorial e civil, e consuetudinário"**[1352]**.

Temos, portanto, uma teoria subjetivista em que o Direito Comercial abrangia as pessoas integrantes dessa classe.

Todavia, começou-se a perceber que alguns atos (circulação de letras de câmbio, p. ex.), específicos da atividade comercial, eram praticados por outras pessoas, não integrantes da classe própria. Essa realidade levou à necessidade de que uma nova teoria entrasse em voga, a teoria objetivista, centrada no ato de comércio, daí ser intitulada *teoria dos atos de comércio*. Por ela, o modo de classificação do comerciante seguiu critério objetivo, sendo comerciante aquele que praticasse determinado ato de comércio de forma profissional.

Essa nova teoria ficou marcada no Código Napoleônico de 1807, influenciando vários outros diplomas, como o Código Comercial brasileiro de 1850. O Código Comercial brasileiro adotou, portanto, a *teoria dos atos de comércio*. Todavia, essa teoria não foi adotada de forma pura, havendo foco de

concepção subjetivista, como o art. 4º do referido Código, que dispunha que comerciante é aquele matriculado em algum Tribunal do Comércio do Império e que faça da mercancia profissão habitual.

Voltando ao ato de comércio, o critério adotado foi o legal, ou seja, os atos de comércio resumiam-se naqueles definidos em lei, sendo os demais atos civis, fora do espectro do Direito Comercial. Essa conceituação legal, por óbvio, influía na concepção das pessoas jurídicas ligadas ao Direito Comercial, interessando ao nosso propósito firmar que as sociedades, nessa fase, bipartiam-se em sociedades comerciais e sociedades civis, aquelas ligadas à mercancia e registradas em órgãos de registros próprios (Juntas Comerciais), enquanto estas cuidavam de atividades não comerciais (não enumeradas legalmente), como a prestação de serviço, por exemplo, dotadas de registro civil.

Agora, com o novo Código Civil, abandona-se a teoria dos atos de comércio e inaugura-se a *teoria da empresa*. Revogou-se a primeira parte do Código Comercial, que trazia os conceitos próprios do ramo, sacramentando-se o Direito de Empresa, previsto especificamente no Livro II do Código Civil em vigor. Desaparece o comerciante e surge o empresário. Extinguem-se, sob o prisma legal, as sociedades comerciais e as civis para darem lugar às empresas.

O art. 966, enunciando agora a maior abrangência da conceituação, dispõe que "considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". Nitidamente, o prestador de serviço, por exemplo, outrora fora do espectro do Direito Comercial, enquadra-se, agora, no Direito da Empresa, como empresário que é. Complementando o conceito, o parágrafo único dispõe que "não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa".

Urge questionar, então, como essa nova realidade influenciou no tipo penal em estudo. Afinal, o delito previsto no art. 204 foi ou não revogado pela superveniente entrada em vigor do novo Código Civil?

Inicialmente, no que concerne à primeira hipótese, como já

salientamos, não houve influência do novo Código Civil, porquanto a lei penal militar não se prendia, embora já existente, ao conceito de ato de comércio, mas, simplesmente, à possibilidade de comprar e vender bens e serviços, auferindo lucro.

Já nas duas restantes hipóteses, atreladas ao conceito legal de sociedade comercial, apontamos três vertentes de compreensão.

Primeiro, uma tendência em considerar essa nova realidade como fator extintivo da distinção clássica entre sociedade comercial e sociedade civil, porquanto ambas preencheriam o tipo penal desde que buscassem o lucro, enquadrando-se na nova conceituação de empresa, com inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede (art. 967 do CC).

Descendo à especificação das sociedades, que interessam mais amiúde ao tipo estudado, houve a bipartição entre sociedades empresárias e sociedades simples.

As primeiras, nos termos do art. 982 do CC, seriam aquelas que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, ou seja, as atividades descritas pelo art. 966, acima referidas.

Unindo as proposições dessa primeira vertente, teríamos por sociedades comerciais aquelas hoje enquadradas no conceito de sociedades empresárias, ou seja, toda e qualquer sociedade que exerça atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

À guisa de exemplo, se um Oficial praticar atos de direção de uma "empresa de segurança patrimonial", na dicotomia antiga, não haveria o crime em espécie, já que a atividade em relevo consistiria em prestação de serviço, portanto, fora do conceito de sociedade comercial e atrelada ao conceito de sociedade civil. Com a nova realidade e pela vertente apresentada, a atividade seria abarcada pelo tipo penal estudado, uma vez que já não se torna relevante se há compra, venda ou circulação de bens e serviços, podendo essas atividades enquadrar-se em sociedades empresárias.

Outra possibilidade de interpretação seria entender que a dicotomia existente entre sociedade comercial e sociedade civil, mesmo antes da entrada

em vigor do novo Código Civil, já era ultrapassada, não sendo pertinente a distinção para o Direito Penal Militar. Essa construção, anote-se, permitiu concluir-se pela tipicidade de condutas de Oficiais que praticavam atos de gerência em prestadoras de serviço, principalmente em empresas de segurança. Como exemplo, tome-se a decisão proferida no Processo n. 27.878/00, da Primeira Auditoria de Justiça Militar do Estado de São Paulo, *antes da entrada em vigor do novo Código Civil*, nos seguintes termos:

"Comprovou-se nos autos que o acusado figurou como sócio gerente da empresa ... (*omissis*), durante pelo menos cinco anos, além de ter praticado a preparação, formação e treinamento de empregados daquela empresa na atividade comercial negociada pelo próprio acusado, junto a terceiros, tudo com retorno comercial à empresa do acusado, caracterizando não só a gerência como a participação em *sociedade comercial*, ensejando o édito condenatório". (g. n.)

Na apelação referente a esse processo, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo sacramentou, após a entrada em vigor do novo Código Civil, embora sem relevância para o r. Acórdão, que "a participação do Apelante na sociedade com sua esposa era de 50%, sendo que a *sociedade comercial* constitui-se em sociedade de responsabilidade limitada, conforme descreve o Decreto n. 3708/19"**[1353]**. (g. n.)

Uma terceira e última possibilidade, trazida pelas seguras palavras de Alexandre Henriques da Costa, cinge-se à compreensão de uma derrogação do art. 204 do CPM em face da nova realidade trazida pelo Código Civil de 2002.

Para o ilustre autor, "apresentando o tipo penal duas condutas possíveis de determinar a responsabilidade penal do Oficial da ativa, em que a segunda *está revogada tacitamente pela inexistência de norma extrapenal que complemente o significado e normatização da Sociedade Comercial*, há a derrogação do tipo penal previsto no artigo 204 do Código Penal Militar, subsistindo apenas a sua primeira parte, em que o Oficial só poderá ser reprimido penalmente em face da conduta de 'comerciar'"**[1354]**. (g. n.)

Por essa concepção, portanto, vedada em Direito Penal a interpretação extensiva, as hipóteses criminosas ligadas às sociedades comerciais seriam

impossíveis, visto que não há no universo jurídico a compreensão de sociedade comercial.

Sob o enfoque doutrinário, tomando por base a doutrina específica, Célio Lobão não enfrenta o problema posto**[1355]**, enquanto Jorge César de Assis, embora evidencie o raciocínio de Alexandre Henriques, conclui que "a questão é polêmica, sendo que caberá aos Tribunais assentarem, ao serem provocados, se o conteúdo do art. 204 restou, ou não, derrogado em face do advento do novo Código Civil"**[1356]**.

A nós, parece adequada a visão de Alexandre Henriques da Costa, ou seja, a de que pela inexistência de conceituação no Direito extrapenal, não há mais a possibilidade de que seja o delito perpetrado sob a forma de *tomar parte na administração ou gerência de sociedade comercial*. A razão para adotar essa compreensão é muito simples e é comandada pelo princípio da legalidade, ou seja, se a norma penal era complementada por um elemento jurídico extrapenal (norma penal em branco) que deixou de existir, não mais se pode falar em tipicidade do fato, resolvendo-se a questão no prisma disciplinar.

Como bem assinala Francisco de Assis Toledo, consideram-se normas penais em branco "aquelas que estabelecem a cominação penal, ou seja, a sanção penal, mas remetem a complementação da descrição da conduta proibida para outras normas legais, regulamentares ou administrativas"**[1357]**. O comandamento da taxatividade (*lex stricta*), afeto ao princípio da legalidade, depõe em favor de uma exatidão conceitual para a complementação da norma penal, inclusive da compreensão dos elementos extrapenais que importam ao tipo penal. Nesse contexto, se não há mais a figura da *sociedade comercial*, que deu lugar à sociedade empresária, não há falar na perpetuação da existência fático-jurídica desse elemento, portanto, não se pode falar em tipicidade do fato.

Embora a interpretação extensiva seja admissível em alguns casos de Direito Penal, não sem censura de alguns doutrinadores, deve ela ser permeada de parcimônia quando se trata da *ultima ratio*.

Como já postulamos quando do estudo do preceito secundário do art. 190 do CPM, a interpretação pode ser "extensiva, quando, para fazer as palavras

corresponderem à vontade da lei, é mister ampliar seu sentido ou alcance. É admissível no direito penal, não obstante muitos impugnarem. É permitida quando os casos não previstos são abrangidos por força de compreensão. Assim, o que é punido *no menos* o é, também, *no mais*; o que é permitido quanto ao *mais* o é, igualmente, quanto ao *menos*"**[1358]**. Deve ser admitida a interpretação extensiva para que se coloquem "em harmonia as palavras da lei com a vontade desta. Ora, se o que deve predominar em toda matéria de interpretação é essa vontade, não se justifica seja vedado o processo extensivo"**[1359]**.

Como se verifica, há certos casos em que a extensão do tipo penal pode ser aceita, reduzindo-se àqueles casos em que se incrimina *o menos*, deixando-se, por falha redacional, de fora *o mais*. Essa extensão, ademais, deve estar alinhada com a lógica de compreensão das palavras, sendo uma quase evidente conclusão. Assim, à guisa de exemplo, no crime do art. 296 do CPM (*fornecimento de substância nociva*) estará incurso não só aquele que fornece substância alterada *reduzindo* seu valor nutritivo ou terapêutico, como consigna expressamente o tipo penal, mas, também, aquele que *anula* o valor nutritivo ou terapêutico, sendo essa extensão dedutível de uma lógica interpretação**[1360]**.

Com a devida vênia dos que pensam em sentido oposto, não nos parece que o caso em apreço admita a interpretação extensiva, porquanto não se trata de incriminação extensiva do mais em face de capitulação no menos, mas sim de uma alteração legislativa que levou à extinção de um elemento normativo a completar o tipo penal. Não se pode, portanto, entender extensivamente que ao grafar *sociedade comercial* a lei abarque a nova realidade da *sociedade empresária*.

A questão, note-se, tampouco se trata de simples alteração designativa ou de simples alteração de conteúdo da norma penal em branco. Em mais claras palavras, a nova realidade não significou uma simples mudança de designação de sociedade comercial para sociedade empresária, mas sim uma substancial alteração de conteúdo. Também não se tratou de uma manutenção de designação com alteração de conteúdo, tal qual ocorre com o rótulo de substância entorpecente, que pode ter seu rol de conteúdo ampliado ou reduzido sem alterar a compreensão do tipo. Na verdade, houve uma alteração da

realidade essencial, desnaturando-se a sociedade comercial não só em relação ao seu designativo, mas, principalmente, quanto ao seu conteúdo, ou seja, extinguiu-se a figura da *sociedade comercial*.

Pelas razões supraconsignadas é que pensamos assistir razão a Alexandre Henriques da Costa.

Nesse diapasão, e buscando o exemplo como forma de aclarar o que se pretendeu dizer, não haverá, em nossa visão, o delito em estudo na conduta do Oficial que seja sócio de, por exemplo, uma "empresa de segurança"**[1361]**, ou mesmo de um estabelecimento de compra e venda de mercadorias, devendo a questão encontrar repulsa na esfera disciplinar.

Por outro lado, note-se aquele que pratique qualquer atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, esteja ou não figurando como sócio da empresa, em sendo Oficial, estará em prática delitiva, nos termos da primeira hipótese do art. 204, sob a forma de *comerciar*, que, como vimos, não está vinculada aos conceitos legais de comerciante ou de ato de comércio, mas se prende à atividade habitual com o escopo de auferir lucro. Assim, o Oficial que seja sócio de uma empresa de administração de condomínios não estará, somente por essa razão, incurso no delito, mas, se comprovada sua atuação à frente da empresa, oferecendo, contratando etc., incorrerá no delito pela primeira conduta nuclear.

Cientes de que nosso entendimento pode não ser açambarcado pelos operadores do Direito Penal Militar, tomamos a liberdade de tecer alguns comentários sobre os elementos objetivos da segunda e terceira hipóteses nucleares.

O segundo núcleo é "tomar parte", que significa encetar atos em nome da sociedade comercial. Assim, para os que admitem a persistência dessa modalidade, bastaria a prova de que o Oficial representou a sociedade em algum ato, por exemplo, fotos e diplomas conferidos à sociedade figurando o autor como seu representante.

Na terceira e última modalidade, o Oficial figura como sócio ou participa da sociedade comercial. Sob o alerta de que entendemos que essa

modalidade sucumbiu em face do novo Código Civil, teríamos o delito do que possui seu nome no contrato social da sociedade comercial ou que pratique atos de direção, de gerência, enfim, com poder de mando[1362], na sociedade comercial. Essa modalidade possui uma exceção para aquele que é *acionista ou cotista em sociedade anônima, ou por cotas de responsabilidade limitada*.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de comerciar ou, para os que admitem essas modalidades, ser sócio ou tomar parte de sociedade comercial.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor comerciar (em uma acepção genérica, não atrelada à lei comercial) de forma reiterada ou, para os que admitem essas modalidades, quando registrar o contrato social com seu nome figurando como sócio ou ainda praticar qualquer ato como administrador ou gerente.

• **Tentativa:** não é possível em vista de ser delito unissubsistente.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entedimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.

• **Ação penal:** é pública incondicionada.

5. *SURSIS*, LIVRAMENTO CONDICIONAL E LIBERDADE PROVISÓRIA

As modalidades de deserção (arts. 187, 188, 190 e 192 do CPM), comentadas neste capítulo, são insuscetíveis de suspensão condicional da pena, conforme expõe o art. 88, II, *a*, do CPM.

A exceção do benefício é medida de política criminal adotada pelo

legislador por entender que tais delitos ferem com maior rigor a disciplina e a hierarquia, pilares constitucionais da Instituição Militar. É o que se verifica na Apelação Criminal n. 2.170, do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, julgada em 3 de maio de 2001, sob a relatoria do Juiz Cel. PM Jair Cançado Coutinho:

"O crime de deserção é um crime formal, que independe do resultado, caracterizando-se pela ausência sem licença, pela extinção do prazo de graça e pelo rompimento da ligação entre o agente e a instituição militar. A não concessão da suspensão condicional da pena, por vedação expressa de dispositivos dos Códigos Penal Militar e Processual Penal Militar, não fere princípio constitucional, sendo apenas uma medida de política criminal, adotada pelo legislador para os crimes que atingem gravemente a ordem e a disciplina militares (Exposição de Motivos do Código Penal Militar, 9)".

Não há impedimento expresso para a concessão do livramento condicional nos crimes deste capítulo, desde que preenchidos os requisitos do art. 89 do CPM.

A liberdade provisória poderá ser concedida a todos os crimes deste capítulo, com exceção dos delitos capitulados nos arts. 187 e 192 (deserção e deserção mediante evasão ou fuga), desde que a pena cominada não ultrapasse dois anos, nos termos da alínea *b* do parágrafo único do art. 270 do CPPM. Convém lembrar que a maioria dos delitos aqui capitulados não possui pena cominada superior a dois anos, à exceção dos arts. 191, II, 199 e 200, todos do Código Penal Militar.

CRIMES MILITARES EM TEMPO DE PAZ: DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

1. DO HOMICÍDIO

1.1. Homicídio simples, "privilegiado" e qualificado

• **Tipo legal**

Art. 205. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

Minoração facultativa da pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena, de um sexto a um terço.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I – por motivo fútil;

II – mediante paga ou promessa de recompensa, por cupidez, para excitar ou saciar desejos sexuais, ou por outro motivo torpe;

III – com emprego de veneno, asfixia, tortura, fogo, explosivo, ou

qualquer outro meio dissimulado ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV – à traição, de emboscada, com surpresa ou mediante outro recurso insidioso, que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima;

V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

VI – prevalecendo-se o agente da situação de serviço:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

• **Objetividade jurídica:** Protege-se o direito à vida da pessoa, bem jurídico maior.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1363]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa atingida pela conduta, podendo também ser qualquer pessoa, civil ou militar (ativo ou inativo, federal ou estadual).

Cabe aqui ressaltar que, sendo o sujeito passivo um civil, no âmbito das Justiças Militares Estaduais, com a edição da Lei n. 9.299, de 7 de agosto de 1996, e da Emenda Constitucional n. 45/2004, a competência de apreciação deste crime, quando doloso, será do Tribunal do Júri. Discussão à parte sobre a constitucionalidade dessa norma, o crime em questão, mesmo tendo como vítima um civil, continua sendo militar, devendo ser apurado pela polícia judiciária militar, conforme já discutimos nos comentários à Parte Geral do CPM.

• **Elementos objetivos**: o homicídio inaugura o Título IV do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar, que trata dos crimes contra a pessoa, constituindo-se em um capítulo em si mesmo, ou seja, o primeiro capítulo do Título IV trata do homicídio. Curioso notar que o Código Penal Militar não possui um capítulo sobre os crimes contra a vida, como o tem o Código Penal comum (Capítulo I do Título I da Parte Especial), o que importa em buscar a classificação dos crimes militares contra a vida por aproximação do que dispõe o

Código Penal comum.

Assim, em comparação com o que dispõe o Código Penal comum, temos apenas dois crimes contra a vida no Código Penal Militar: o homicídio (arts. 205 e 206) e a provocação direta ou auxílio ao suicídio (art. 207), ambos dispostos no capítulo que trata do homicídio. Não temos no CPM, por outro enfoque, as figuras típicas do infanticídio (art. 123 do CP) e do aborto (arts. 124 e 125 do CP), ao contrário do Código Penal comum.

O núcleo da conduta no crime de homicídio é "matar", que significa tirar, ceifar a vida. No entanto, não é qualquer vida ceifada que constitui crime de homicídio, e sim a vida de "alguém", ou seja, pessoa humana, excluindo-se do polo passivo, portanto, qualquer outra forma de vida vegetal ou animal. Não se distingue no Direito Penal Militar a qualidade da pessoa vitimada, não existindo legalmente no tipo penal, por exemplo, as figuras do parricídio, do matricídio, do fraticídio e do uxoricídio, que, entretanto, serão relevantes na fixação da pena como circunstância agravante da alínea *f* do inciso II do art. 70 do CPM. Nem mesmo há causa especial de aumento de pena, diferente do que ocorre no Código Penal comum, no § 4º do art. 121, quando o crime é praticado, por exemplo, contra maior de 60 anos. Mais uma vez, essa situação pode configurar circunstância agravante prevista na alínea *h* do inciso II do art. 70 do CPM.

No homicídio, o direito à vida é protegido a partir de determinado momento da vida da pessoa, mas o Direito protege a vida em todos os seus estágios. Nesse sentido, muito bem aduz Cezar Roberto Bitencourt:

"Na verdade, o direito protege a vida desde sua formação embrionária, resultante da junção dos elementos genéticos; desde então até o início do parto, a sua eliminação tipifica o crime de aborto, uma vez que o ser evolutivo ainda não é uma criatura humana. Iniciado o parto, a conduta de suprimir-lhe a vida já tipificará o delito de homicídio. A proteção penal à vida abrange, como se constata, a vida *intrauterina* e a vida *extrauterina*. Contudo, se durante ou logo após o parto a própria mãe, sob a influência do estado puerperal, puser fim à vida do *neonato*, o crime será o de infanticídio, que não deixa de ser uma modalidade *sui generis* de homicídio privilegiado. Por fim, nosso Código pune quem *induz*, *instiga* ou *auxilia* outrem a suicidar-se, embora o suicídio, em si

mesmo, não seja punível (...)”[1364].

Como se percebe dos abalizados comentários do autor, afetos ao Direito Penal comum, a vida que se protege no homicídio é aquela *extrauterina* e desde que o agente não seja a mãe sob estado puerperal. Entretanto, como acima assinalado, o Código Penal Militar não possui as figuras típicas do infanticídio e do aborto, o que poderia levar alguns a crer que condutas em princípio capituladas nesses crimes, na seara penal militar, deveriam ser enquadradas no homicídio.

Como exemplo, imaginemos uma mãe, militar do Estado, que, sob o estado puerperal, no interior do berçário de um hospital militar, portanto lugar sujeito à administração militar, mate seu filho. A conduta, note-se, bem poderia, na falta de tipo penal militar específico, ser enquadrada no delito de homicídio, que em função da alínea *b* do inciso II do art. 9º do CPM, seria considerado crime militar.

Em nossa visão, no entanto, o caso merece melhor reflexão.

Em primeiro plano, não se pode negar o avanço da medicina, que detectou, desde há muito, uma condição de perturbação psíquica denominada estado puerperal, devendo tal avanço ser considerado pelo Direito Penal como um todo. O estado puerperal, nos dizeres de César Dario Mariano da Silva, “é uma espécie de perturbação psíquica decorrente do fenômeno do parto. Em face das dores do parto, emoção, fadiga, estresse, hormônios, a mulher sai de seu estágio psicológico normal durante um tempo. Ele varia de pessoa a pessoa e o melhor é que seja avaliado pelo juiz no caso concreto, após perícia médica e psicológica. Cuida-se de hipótese de semi-imputabilidade, mas que foi tratada de maneira especial pelo legislador, que criou o tipo penal do infanticídio, visando a dar tratamento privilegiado para a mulher que pratica o delito (...)”[1365].

Assim, o estado puerperal configura-se em um estar psicológico sobre o qual a mulher não tem pleno domínio, devendo trazer, como dissemos, reflexos para o Direito Penal como um todo.

Dessa forma, não entendemos conveniente que o Direito Penal Militar abranja a situação descrita, devendo, sim, prestigiando o avanço da medicina, ser afastado no caso em espécie em favor do Direito Penal comum, até mesmo

buscando uma tutela penal mais benéfica ao acusado.

Ademais, há que se lembrar do *princípio da especialidade* como solução de aparente conflito de normas, por nós já comentado na Parte Geral, que nos parece útil neste ponto. Ocorre que há no crime de infanticídio (art. 123 do CP) uma condição pessoal do agente exigida como elementar típica ("...sob a influência do estado puerperal..."), que deve funcionar como elemento especializante, de sorte que o art. 123 do CP mostra-se mais específico que o art. 205 c/c a alínea *b* do inciso II do art. 9º, tudo do CPM.

Em resumo, se uma mãe sob o estado puerperal matar seu filho recém-nascido, estaremos diante de um crime comum de infanticídio, e não de um crime militar de homicídio. O mesmo se diga em relação ao aborto praticado no interior de local sob a administração militar – e aqui com maior evidência ainda, já que o homicídio tutela a vida extrauterina –, que deverá ser processado e julgado como crime comum.

A provocação da morte pode ser por ação ou omissão, esta atrelada às hipóteses de omissão penalmente relevante, dispostas no § 2º do art. 29 do CPM. Pode ainda a conduta ser praticada por meio direto, quando o autor age diretamente sobre o corpo da vítima (ex.: golpe de arma branca, ou disparo de arma de fogo praticado pelo próprio autor), ou indireto, quando o agente, embora não aja diretamente sobre o sujeito passivo, cause sua morte (ex: caso de autoria mediata, em que um inimputável é utilizado para a prática do delito, ou mesmo com a utilização de um animal para provocar a morte da vítima), sendo, entretanto, imprescindível que haja nexo causal entre a ação (nexo material, físico) ou omissão (nexo normativo, indicado pelo § 2º do art. 29 do CPM) do autor e o resultado morte.

O § 1º do art. 205, em análise, traz a previsão do, assim chamado, *homicídio privilegiado*. Em verdade, não se tem aqui um privilégio tecnicamente conhecido, e sim uma causa especial de diminuição de pena. Como já discorremos, o privilégio decresce os patamares da pena abstratamente cominada para o tipo simples (pena mínima e pena máxima) e incide na primeira fase da aplicação da pena, enquanto a causa especial de diminuição de

pena importa na redução fracionária da pena alterada (circunstâncias judiciais com a incidência de agravantes e atenuantes), na terceira fase da aplicação da pena, chegando-se à pena final. Como o § 1º do art. 205 importa em diminuição de um sexto a um terço na pena alterada, não se trata de privilégio – como o é o § 2º do art. 308 do CPM –, e sim de causa de diminuição de pena prevista especialmente para o homicídio. Seja como for, referiremo-nos a ele como homicídio privilegiado.

No homicídio privilegiado, o autor mata alguém dolosamente mas movido por circunstâncias que minimizam a reprovabilidade social e, por consequência, penal, de seu comportamento. Essas circunstâncias são o motivo de relevante valor social, o relevante valor moral e a ação praticada sob violenta emoção logo após injusta provocação da vítima.

Como exemplo de ação decorrente de *relevante valor social*, emprestando conceitos da Exposição de Motivos do Código Penal comum, aponta-se o homicídio praticado por patriotismo ao traidor da pátria e o perpetrado contra um perigoso bandido que assola a tranquilidade da comunidade local. Como exemplo de *relevante valor moral*, pode ser citada a compaixão que leva à prática da eutanásia. Note-se que o valor social está atrelado a condições extrínsecas, fora do agente, presente no corpo social em que ele vive, enquanto o valor moral, embora também possa passar por avaliação social, tem mote intrínseco, ligado ao próprio agente da conduta. Claro, como se trata de um juízo de culpabilidade, um juízo de reprovação feito por alguém alheio ao fato – o aplicador do Direito Penal Militar – ambas as situações passam sempre por um critério de avaliação com base no senso comum.

Por fim, há o “privilégio” para quem pratica homicídio sob *violenta emoção após injusta provocação da vítima*. A emoção é “um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da afetividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica (pulsar precípite do coração, alterações térmicas, aumento da irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, alterações vasomotoras, intensa palidez ou intenso rubor, tremores, fenômenos musculares, alteração das secreções, suor,

lágrimas etc.)”[1366]. Assim, são exemplos de emoção a alegria, a tristeza, a ansiedade etc. As emoções podem ser *astênicas* ou *estênicas*. As primeiras são compreendidas como aquelas presentes em quem sofre debilidade orgânica que gera pavor, medo, desespero etc. As *estênicas* decorrem de uma pessoa vigorosa, forte e ativa, resultando em cólera, destempero. Há situações fronteiriças, quando um estado pode gerar o outro[1367].

Para o saudoso Mirabete são exemplos de homicídio privilegiado por violenta emoção após injusta provocação da vítima aquele praticado pelo pai cuja filha, menor, fora seduzida e corrompida pela vítima, assim como o homicídio praticado contra aquele que momentos antes agredira o autor, ou ainda do praticado pelo marido que surpreende sua mulher em adultério e mata a esposa e quem a acompanha[1368].

Exclui-se do “privilégio”, entretanto, o homicídio praticado por ciúme, vingança e abandono pela pessoa amada, pois, constituem motivos determinantes que podem qualificar o delito.

Além do homicídio “privilegiado”, o Código Penal Militar também traz a figura do *homicídio qualificado* (§ 2º do art. 205). Aqui, sim, temos autêntica qualificadora, porquanto as penas mínima e máxima do tipo penal simples (reclusão, de 6 a 20 anos) são elevadas pela incidência de certas situações (para reclusão, de 12 a 30 anos).

No homicídio qualificado, pune-se com muito mais rigor os fatos praticados, tendo em conta os motivos determinantes ou os meios empregados em vista da diminuta capacidade de resistência da vítima e da periculosidade do autor.

Em primeiro lugar, qualifica-se o homicídio quando praticado por *motivo fútil* (art. 205, § 2º, I), ou seja, insignificante, mínimo, sem importância. O motivo fútil também consta como qualificadora de homicídio no inciso II do § 2º do art. 121 do CP, podendo ser considerado um bom exemplo o homicídio praticado em razão de uma discussão de trânsito.

Outra qualificadora do homicídio, prevista no inciso II do § 2º do art.

205, está na prática do fato mediante *paga ou promessa de recompensa, por cupidez, para excitar ou saciar desejos sexuais, ou por outro motivo torpe*. Homicídio mediante paga, assinala a doutrina majoritária, deve ser aquele em que o agente recebe previamente a vantagem de natureza econômica**[1369]**, enquanto no homicídio praticado mediante promessa de recompensa o agente pratica o fato crente em uma vantagem a lhe ser conferida futuramente, como o pagamento de uma quantia, a garantia de um emprego etc. Nesses dois casos temos o chamado *homicídio mercenário*.

Curioso notar que no Código Penal comum, o homicídio qualificado mediante paga ou promessa de vantagem encontra previsão no inciso I do § 2º do art. 121, porém, esse inciso não grafa expressamente a *cupidez* e a *excitação*, nem a qualificadora para *saciar desejos sexuais*. Na verdade, essa divergência literal não traz consequências muito diferentes para o delito num e noutro Código. Neste dispositivo do CPM e naquele do CP, a letra da lei traz, ao final, a expressão "ou outro motivo torpe", o que equipara os dois dispositivos, com a aplicação da *interpretação analógica*. *Motivo torpe* deve ser compreendido como aquele que denota cupidez, repugnância, a exemplo da cobiça (especialmente de bens materiais), da ambição e até da excitação ou da necessidade de saciar desejo sexual. Assim, à guisa de exemplo, um homicídio praticado para saciar o desejo sexual será qualificado no CPM por expressa previsão do inciso II do § 2º do art. 205, mas também o será no CP porque essa motivação pode ser abrangida pelo motivo torpe, previsto no inciso I do § 2º do art. 121.

O inciso III do § 2º do art. 205 qualifica o homicídio quando praticado com *emprego de veneno, asfixia, tortura, fogo, explosivo, ou qualquer outro meio dissimulado ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum*, sendo também aqui possível a *interpretação analógica*. Basicamente, esses modos de cometimento do crime (meios) estão previstos também no CP (inciso III do § 2º do art. 121), contudo, nesse Código, o meio dissimulado está no inciso IV, atrelado à expressão "mediante dissimulação". Ademais, o final do dispositivo do CP grafa a expressão "ou outro meio insidioso", que no CPM está no inciso IV do § 2º do art. 205, havendo novamente uma inversão. As expressões "cruel" e "perigo

comum” estão nos dois Códigos, no inciso III do § 2º do art. 205 do CPM e do art. 121 do CP. Vejamos mais detidamente os elementos do inciso III, iniciando pela fórmula específica, expressamente prevista.

Veneno trata-se de qualquer substância, natural ou manipulada, que possa no interior do corpo humano, por suas propriedades químicas, destruir ou causar perturbação às funções vitais do organismo. Pode apresentar-se de qualquer forma, ou seja, líquida, gasosa, ou mesmo sólida, como a substância em pó ou granulada. São exemplos de veneno o arsênico, o ácido sulfúrico etc. Matar alguém obrigando-o a tomar arsênico, por exemplo, constituir-se-á em homicídio qualificado.

Asfixia, na acepção que lhe dá a lei penal militar, significa o meio pelo qual se obstrui as vias aéreas, não permitindo a função respiratória do organismo. Como bem lembra César Dario, pode ser “pela esganadura (constrição do pescoço com a utilização das mãos), pelo estrangulamento (constrição do pescoço com emprego de cordas, fios etc., pelo próprio agente), pelo enforcamento (constrição do pescoço com o próprio peso da vítima), pelo afogamento (submersão em meio líquido), pelo soterramento (submersão em meio sólido, como terra), pelo confinamento (colocação da vítima em local onde não penetre ar) e pela sufocação (tamponamento das vias respiratórias com as mãos, travesseiros etc.)”**[1370]**.

Tortura traduz-se pela imposição de sofrimento duradouro, físico ou moral, à vítima apenas com esse propósito, ou seja, causar sofrimento, a exemplo de choques, mutilações contínuas praticadas pelo agente, queimaduras etc. Nesse caso a tortura deve ser o meio de obtenção do resultado morte, ou seja, há o *animus necandi*, mas decide-se matar pela via que mais causa sofrimento. Caso a tortura seja um fim em si mesma, sem a intenção de matar, mas causando a morte, haverá o delito preterdoloso trazido pelo § 3º do art. 1º da Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que não configura crime militar, devendo, em nossa visão, prevalecer esta norma por ser mais específica. A propósito desse dispositivo da “Lei de Tortura” e em sentido oposto, do qual discordamos, Guilherme Nucci dispõe:

“(...) do fato-base (tortura) pode advir um resultado qualificador (lesão

grave ou morte), que torna o delito particularmente merecedor de sanção mais elevada. Em nosso entendimento, o crime qualificado pelo resultado pode dar-se com dolo na conduta antecedente (tortura) e dolo ou culpa na consequente (lesão ou morte). O tipo penal, se desejasse construir uma figura preterdolosa, ou seja, com dolo na primeira etapa (tortura) e *somente* culpa na segunda (lesão ou morte), deveria ter sido explícito (...)”**[1371]**.

Mas o próprio autor reconhece que sua visão é minoritária, em favor da primeira construção aqui exposta, dispondo:

“Em contrário, reconhecemos, encontra-se, ainda, a maioria da doutrina e da jurisprudência. Logo, se houver dolo, mesmo que eventual, no tocante à lesão ou à morte, transfigura-se o delito para outra figura típica, como, por exemplo, homicídio com emprego de tortura (...). Confira-se, por todos, Alberto Silva Franco, *Legislação penal interpretada*, p. 3106”**[1372]**.

Fogo, por óbvio, caracteriza-se em meio de prática do ato em que se busca a combustão da vítima, por exemplo, embebendo-a em gasolina e ateando fogo.

Explosivo é a substância que, uma vez acionada, provoca o estrondo acompanhado de deslocamento de energia, com a expansão de ar, caracterizando-se por uma onda de devastação do meio físico próximo ao centro da explosão.

Partindo para as fórmulas genéricas do inciso III, temos o emprego de *qualquer outro meio dissimulado ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum*, dispositivos que fomentam a interpretação analógica.

Meio dissimulado é aquele que oculta seu verdadeiro intento, ou seja, demonstra aparentemente um fim, quando, em verdade, presta-se a outro, qual seja, a agressão à vida. O emprego de veneno e de explosivo, obviamente, podem constituir-se em meio dissimulado, contudo, a fórmula genérica permite a consideração de outros meios que se insiram nessa característica, por exemplo, o acionamento por policiais militares de um colega, tido como muito rigoroso, para apoiar uma ocorrência, quando na verdade a intenção do grupo é matá-lo.

Meio cruel é o que causa grande e desnecessário sofrimento à vítima, podendo ser aqui enquadrado, além da tortura, configuram meios cruéis o homicídio praticado por emprego de metal líquido no corpo da vítima, por emprego de animais que aos poucos mutilam a vítima etc.

Por fim, meio que resulta em *perigo comum* traduz-se por modo de prática do crime em que não somente a vítima é colocada em risco, mas também um grupo de pessoas, ainda que não sejam atingidas. Além do emprego de explosivo, outros meios podem ser abrangidos, como, por exemplo, o emprego de um veículo ou de uma aeronave precipitada contra a vítima, que pode, em circunstâncias específicas, importar em risco comum.

Na sequência, o inciso IV do § 2º do art. 205 qualifica o homicídio quando praticado *à traição, de emboscada, com surpresa ou mediante outro recurso insidioso, que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima*.

À *traição* é aquele homicídio praticado com deslealdade, onde a vítima, por conhecer o agente, não espera a conduta por ter previamente uma relação de confiança. Como exemplo, o homicídio praticado contra um militar por seu companheiro de serviço.

A *emboscada* consiste na tocaia, ou seja, na situação em que o agente se esconde para encontrar a vítima despreparada. Veja que, aqui, a vítima pode até saber que o agente é capaz de praticar o homicídio, mas, diante da armadilha preparada, estava incapaz de cuidar-se.

Parece-nos evidente que a traição e a emboscada implicam *surpresa* da vítima, mas, ainda que não se enquadre nessas duas situações, qualquer forma em que a vítima seja tomada de surpresa pode qualificar o homicídio no Código Penal Militar. Por essa previsão, dificilmente um homicídio fugirá da forma qualificada, porquanto, na imensa maioria dos casos, a vítima de homicídio é surpreendida. Somente não seria qualificado o homicídio em que houvesse um prenúncio, um aviso. Curiosamente, essa qualificadora não existe no CP, o que o torna mais brando do que o CPM.

Ingressando na fórmula genérica do inciso, também é qualificado o homicídio praticado por qualquer outro *recurso insidioso*, compreendido como

aquilo que parece benigno mas pode ser ou tornar-se grave e perigoso. Nesse aspecto, parece ter acertado o CPM ao colocar essa forma de execução como gênero das espécies emboscada, da traição no inciso IV do § 2º do art. 205, e não o CP, que a colocou ao lado da asfixia, da tortura etc.

Pelo inciso em comento, também se qualifica o homicídio quando praticado por meio que *dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima*, a exemplo da traição e da emboscada, mas não só estas, a exemplo de um homicídio em que primeiro a vítima é capturada e amarrada (ou algemada), para depois ser morta com golpes de faca.

No inciso V do § 2º do art. 205 do CPM, temos o chamado homicídio em conexão, ou praticado por conexão, em que o crime é cometido *para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime*. Configura-se aqui a chamada conexão objetiva (teleológica ou consequencial), prevista na alínea *b* do art. 99 do CPPM, que determinará, em regra, a unidade do processo para processar e julgar as duas infrações (art. 102 do CPPM). Nesse caso, um delito é praticado em referência a outro, buscando o agente, pela segunda prática criminosa, trazer facilidades para a execução de outro crime (ex.: matar uma pessoa para poder perpetrar um sequestro – conexão teleológica), ou ocultar, alcançar a impunidade ou garantir a vantagem auferida por um delito anterior pela prática de outro delito (ex.: matar o coautor de um delito para poder ficar com o produto de um roubo – conexão consequencial)**[1373]**. Há idêntica previsão no inciso V do § 2º do art. 121 do CP.

Por derradeiro, o inciso VI do § 2º do art. 205 do CPM diz ser qualificado o delito quando o agente se *prevalece da situação de serviço*, qualificadora que, assim entendemos, refere-se apenas ao sujeito ativo militar da ativa, pois é nesse caso que o acesso do autor à vítima é facilitado, seja para abordá-la, seja para rendê-la, seja para fazer com que se deixe revistar e se verifique se está ou não com arma. Por outro lado, em vista da qualidade funcional do autor, militar que é, cônscio de seus deveres, a prática de conduta dessa ordem tem repercussão mais drástica, pois o agente tem consciência plena e bem formada de que está afrontando, além de valores humanos, preceitos

institucionais que lhe impunham o exercício de segurança daquele que agora sucumbe em suas mãos.

Por certo, na presença dessas qualificadoras, não podem incidir as similares circunstâncias agravantes previstas no art. 70 do CPM. Da mesma forma, reconhecido o homicídio privilegiado, não se deve aplicar a similar circunstância atenuante do art. 72 do CPM.

Outra questão interessante diz respeito à possibilidade de concurso de crimes entre o homicídio e o crime capitulado pelo "Estatuto do Desarmamento" (Lei n. 10.826, de 22-12-2003), a exemplo do porte ilegal de arma de uso permitido, previsto no art. 14.

A fórmula adequada, com base no comportamento jurisprudencial, parece ter encontrado César Dario Mariano, na seguinte conformidade:

"Com efeito, de acordo com esse entendimento, como o sujeito passou a portar ilegalmente a arma de uso permitido, que já possuía ou tinha sob guarda, tão somente para praticar o homicídio, o crime de porte ilegal de arma de uso permitido (art. 14) é absorvido pelo delito doloso contra a vida, remanescendo, caso tenha ocorrido, o crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 do Estatuto), que já estava consumado antes da prática do porte ilegal de arma de fogo e do homicídio. Assim, o porte ilegal de arma de fogo foi meio para a prática do homicídio.

Entretanto, sendo possível demonstrar que o sujeito, além de possuir ou manter sob sua guarda a arma de fogo de uso permitido irregularmente, já a havia portado, transportado, adquirido etc., antes da prática do crime doloso contra a vida e sem qualquer relação com ele, ocorrerá o concurso material do porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14) com o delito de homicídio praticado com o emprego dessa arma. Isso porque o porte ilegal de arma de fogo já estava consumado antes de ser cometido o crime doloso contra a vida. Os delitos possuem *iter criminis* e momentos consumativos distintos, não sendo possível falar em absorção"**[1374]**.

Deve-se lembrar, no entanto, que o crime afeto ao Estatuto do Desarmamento trata-se de delito comum, devendo ser processado e julgado no

juízo criminal comum.

Uma derradeira questão deve ser enfrentada, qual seja, a possibilidade de ocorrência de homicídio privilegiado qualificado.

As qualificadoras podem ser de natureza objetiva e subjetiva. Subjetivas são aquelas ligadas ao agente, como os motivos determinantes (fútil, torpe etc.), enquanto objetivas são as que dizem respeito ao fato em si, como os meios empregados (cruel, insidioso etc.).

A disposição do § 1º do art. 205, por sua vez, possui natureza subjetiva.

Assim, embora haja posição contrária, não vimos problema na composição do "privilégio" com a qualificadora, desde que esta não seja de caráter subjetivo, o que redundaria em incongruência na composição, posição, inclusive, já encampada pelo Supremo Tribunal Federal. A Primeira Turma do Pretório Excelso, no *Habeas Corpus* n. 89.921/PR, em 12 de dezembro de 2006, sob a relatoria do Ministro Carlos Britto, decidiu:

"*EMENTA*: *HABEAS CORPUS*. TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A CIRCUNSTÂNCIA QUALI-FICADORA E O PRIVILÉGIO. INEXISTÊNCIA DO INTERVALO TEMPORAL NECESSÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DA QUALIFICADORA. AUSÊNCIA DE QUESITO REFERENTE À DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. 1. A jurisprudência do STF admite a possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. O recurso utilizado para atingir a vítima 'é realidade objetiva, pertinente à mecânica do agir do infrator' (HC 77.347, HC 69.524, HC 61.074). Daí a inexistência de contradição no reconhecimento da qualificadora, cujo caráter é objetivo (modo de execução do crime), e do privilégio, afinal reconhecido (sempre de natureza subjetiva). 2. Na tentativa de homicídio, respondido afirmativamente que o agente só não consumou o delito por cir-cunstâncias alheias à sua vontade, não há lógica em se questionar de desistência voluntária, que somente se configura quando o agente 'voluntariamente desiste de prosseguir na execução' (art. 15 do Código Penal). *Habeas corpus* indeferido".

Especificamente para o crime militar de homicídio, a mesma Turma, em 12 de fevereiro de 2008, desta vez sob relatoria do Ministro Menezes Direito, no *Habeas Corpus* n. 90.659/SP, decidiu:

"*Ementa*. *Habeas corpus*. Direito Penal Militar e Processual Penal Militar. Sentença condenatória. Crime de homicídio qualificado. Agravamento da situação do paciente pelo Superior Tribunal Militar em embargos infringentes. Pena-base fixada no mínimo legal. Aplicação da atenuante de confissão espontânea. Dosimetria da pena que obedeceu ao método trifásico. Comprovada a injusta provocação da vítima. Aplicação da minorante do crime privilegiado. Fixação de regime mais gravoso. Violação do princípio do *ne reformatio in pejus*. Ordem concedida. 1. Há de ser reconhecida a circunstância atenuante de confissão espontânea do paciente que, durante a instrução criminal, mostrou-se arrependido e consciente do fato a ele imputado, tudo corroborado com as demais provas dos autos. Todavia, é inócua a anulação do julgado questionado, nesse ponto, porque a pena-base aplicada no mínimo legal (12 anos de reclusão) pelo Conselho Sentenciante foi mantida pelo Superior Tribunal Militar. 2. O acórdão inaugural deixou claro, quanto à aplicação da pena, que 'avaliou as questões relacionadas à dosimetria da pena, entendendo por confirmá-la em sua inteireza, na esteira dos fundamentos constantes da Sentença de primeiro grau, transcrita quase que integralmente', que atendeu ao princípio constitucional da individuação da pena, como assinalado no parecer da Procuradoria-Geral da República. 3. A fundamentação insuficiente para o agravamento da pena, incompatível com os elementos existentes nos autos, consolidados na sentença, autoriza o restabelecimento desta, preservada a natureza do *habeas corpus* no que diz com o reexame de provas. 4. Não tendo o Ministério Público Militar, em apelação, atacado o regime prisional imposto pela sentença condenatória, ocorreu preclusão dessa matéria para a acusação, motivo pelo qual não poderia o Tribunal *a quo* ter piorado a situação do paciente, em flagrante violação do princípio que veda a reforma para pior. 5. Ordem concedida".

• **Elemento subjetivo:** o elemento subjetivo do homicídio no art. 205 do CPM é apenas o dolo, ou seja, exige-se a presença do *animus necandi* (ou *animus occidendi*), a vontade livre e consciente de praticar ou assumir o risco de

praticar o delito.

Deve-se verificar que o elemento subjetivo é fator distintivo entre o homicídio e outros crimes militares que possuem o resultado morte na descrição típica, como no caso da violência contra superior com resultado morte, delito doloso – e não preterdoloso – previsto no § 4º do art. 157 do CPM. Recorramos a um exemplo: um militar que deseja matar outro militar, sem com isso querer aviltar a autoridade e a disciplina personificadas no superior, por exemplo, por uma discussão de trânsito, estará em prática de homicídio, que pode ou não ser qualificado; de outro lado, aquele que quer agredir o superior que lhe aplicou uma sanção disciplinar e, com essa intenção desde o início, progride no sentido de desejar posteriormente sua morte, ao consumá-la, estará praticando violência contra superior, qualificada nos termos do § 4º do art. 157 do CPM.

Diferentemente do Código Penal comum, a modalidade culposa do homicídio está prevista em outro artigo, o 206, que estudaremos em seguida.

• **Consumação:** o delito se consuma quando a vida humana deixa de existir, ou seja, juridicamente quando o encéfalo deixa de funcionar, na morte encefálica, nos termos do que dispõe a Resolução n. 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina, combinado com o art. 3º da Lei n. 9.434/97.

A morte deve, em regra, ser comprovada por laudo necroscópico, admitindo-se, entretanto, à exceção, a prova indireta, por exemplo, nos casos em que o corpo não é localizado, como em acidentes aeronáuticos provocados dolosamente.

Nesse sentido, *vide* o *Habeas Corpus* n. 70.847/RJ, decidido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 12 de abril de 1994, sob relatoria do Ministro Ilmar Galvão:

"*EMENTA*: PENAL. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE. CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO. AUSÊNCIA DE CORPO DE DELITO. A condenação do paciente resultou, no plano da identificação da relação causal entre o ato de negligência e o resultado morte, da conjugação de vários elementos de prova: depoimento testemunhal, atestado de óbito elaborado pelo próprio coautor do delito e parecer do Instituto Médico-Legal. A ausência da necropsia – epicentro

da alegação de nulidade – e justificada pelas circunstâncias do caso concreto, relacionadas ao próprio decurso de tempo verificado entre o óbito e o momento em que instaurada a *persecutio criminis*, revelando a impossibilidade de que a perícia pudesse, pelo estado degenerado do cadáver, identificar o dado técnico essencial à elucidação da responsabilidade penal do acusado. Diante deste quadro, não se pode censurar a utilização da perícia indireta, em conformidade com o art. 167 do Código de Processo Penal, de que se extraíram as convicções para a condenação do paciente. Não configurada a nulidade, indefere-se o *habeas corpus*".

Ainda do Supremo, *vide* o *Habeas Corpus* n. 68.837/GO e o Recurso em *Habeas Corpus* n. 58.719/RJ.

• **Tentativa:** é possível na forma comissiva, por exemplo, quando o autor dispara tiros contra a vítima não a acertando mortalmente, ou seja, encerrou os atos de execução mas, por circunstâncias alheias a sua vontade, não alcançou o resultado "morte".

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.2. Homicídio culposo

• **Tipo legal**

Art. 206. Se o homicídio é culposo:

Pena – detenção, de um a quatro anos.

§ 1º A pena pode ser agravada se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima.

Multiplicidade de vítimas

§ 2º Se, em consequência de uma só ação ou omissão culposa, ocorre morte de mais de uma pessoa ou também lesões corporais em outras pessoas, a pena é aumentada de um sexto até metade.

• **Objetividade jurídica:** Protege-se, a exemplo do homicídio doloso, o direito à vida da pessoa, bem jurídico maior.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito, pela descrição típica, pode ser, em tese, qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais.

Entretanto, seguindo nossa linha de raciocínio, o inativo e o civil somente cometem delito militar, por previsão do *caput* do inciso III do art. 9º do CPM, quando com sua conduta desejar atentar contra a própria Instituição Militar, configurando-se, pela tipicidade indireta, um elemento subjetivo específico, o que se demonstra incompatível com a modalidade culposa de delito, não só do homicídio, mas também de todos os crimes previstos no Código Penal Castrense. Assim, admitimos apenas como sujeito ativo desta modalidade o militar da ativa, devendo o inativo e o civil responder por delito comum.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa atingida pela conduta, podendo também ser qualquer pessoa, civil ou militar (ativo ou inativo, federal ou estadual).

A ressalva feita no homicídio doloso acerca das alterações trazidas pela Lei n. 9.299, de 7 de agosto de 1996, e pela Emenda Constitucional n. 45/2004, não são aqui aplicáveis, visto que essas alterações apenas abarcam o delito doloso contra a vida de civil.

• **Elementos objetivos:** no tipo penal do homicídio culposo não há descrição típica da conduta, mas tão somente se usa a expressão “homicídio”

referindo-se ao tipo penal anterior. Assim, como naquele delito, o núcleo da conduta é “matar”, tirar a vida de alguém, ou seja, de pessoa humana; exclui-se do polo passivo, portanto, qualquer outra forma de vida.

A provocação da morte pode ser por ação ou omissão, esta segunda, quando o agente tinha o dever de agir, como exemplificaremos abaixo ao tratar do elemento subjetivo.

Pode ainda a conduta ser praticada por meio direto (a exemplo do disparo de arma culposo praticado pelo próprio autor que atinge diretamente a vítima), ou indireto (por exemplo, quando um animal, por culpa do proprietário, escapa e fere mortalmente a vítima), sendo, entretanto, imprescindível que haja nexo causal entre a ação ou omissão do autor e o resultado morte.

O § 1º do art. 206 traz a causa especial de aumento de pena decorrente da *inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício*, regra que possui igual previsão na primeira parte do § 4º do art. 121 do Código Penal comum. Esta majorante não se confunde com a imperícia, porquanto, do contrário, estaríamos diante de duplo gravame em função da mesma circunstância, lesando o princípio *ne bis in idem*. Como muito bem aponta Cezar Roberto Bitencourt, a imperícia “indica inaptidão, inabilidade profissional ou insuficiência de capacidade técnica. Nesta majorante, o agente conhece a regra técnica, mas não a observa; há displicência a respeito da regra técnica. O fundamento da culpa é outro; essa desatenção serve somente para graduar a culpa, majorando-lhe a pena (...)”**[1375]**.

Como exemplo de aplicação dessa majorante tome-se o caso em que um militar, no interior de seu quartel, ao receber das mãos de alguém uma arma, não confere se ela está ou não carregada; incontinente, em decorrência de um disparo indesejado, alveja e mata um terceiro qualquer. Note-se que a regra de sempre conferir se a arma está carregada é natural da profissão e o militar em questão a conhecia. Todavia, por preguiça, deixou de verificá-la.

O exemplo acima, aliás, é muito próximo do episódio prático avaliado pela Segunda Câmara do Tribunal de Justiça Militar, nos autos do *Habeas Corpus* n. 53.44/04 (Feito n. 33.872/02, 4ª Auditoria**)**, em 11 de outubro de 2007, sob a

relatoria do Juiz Cel. PM Clovis Santinon:

"Policial Militar tem conhecimento de regra técnica da profissão, porém a desconsidera ao não inspecionar espingarda a ser usada em exercício tático; efetua disparo contra colega de farda, causando-lhe lesões que o levaram a óbito. Materialidade, autoria e nexo causal incontroversos. Justificada a majoração da pena em seu máximo legal. Condenação mantida".

Outra causa de aumento de pena será o fato de o autor *não proporcionar socorro imediato à vítima de sua ação ou omissão*, visto não se ter empenhado em – embora não expresso no tipo em análise, como ocorre no CP, em que, no § 4º do art. 121, o fato de não procurar diminuir as consequências do ato constitui autonomamente causa majorante – minimizar as consequências de seu ato. Para a compreensão desta majorante, deve-se lembrar que a omissão de socorro se incorpora ao tipo do homicídio culposo, não constituindo tipo penal autônomo, que aliás se encontra apenas no Código Penal comum, no art. 135, já que o crime de omissão de socorro no Código Penal Militar (art. 201) conhece descrição típica bem peculiar, afeta ao comandante de navio. Assim, na provocação de um homicídio culposo, se o agente não prestar imediato socorro à vítima, desde que pudesse fazê-lo, óbvio, terá a pena majorada nos termos do § 1º do art. 206 do CPM, e não a responsabilização por dois delitos, a exemplo do crime previsto no art. 206 do CPM e no art. 135 do CP. Regra geral, é afastada esta majorante em função do risco pessoal ao agente na prestação de socorro, ainda, na nossa opinião, nos casos em que o juiz entenda que o agente tinha o dever de arrostar o perigo, porquanto essa condição, expressamente, deve apenas ser valorada quando da alegação de estado de necessidade justificante do crime (art. 43 do CPM), e não em outras circunstâncias, quando a interpretação *favor rei* deve afastar a incidência de dispositivos penais militares mais benéficos.

Note-se que o § 1º do art. 206 do CPM não prevê o *quantum* do aumento de pena, devendo-se aplicar, em face dessa omissão, a regra do art. 73 do mesmo Código, que dispõe que, "quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime". Dessa forma, o aumento de pena do homicídio culposo no CPM, por inobservância de regra

técnica ou pela omissão de imediato socorro à vítima, pode ser menor que no CP, que prevê expressamente o aumento de apenas um terço.

Por fim, lembre-se que no Código Penal Militar não há, como no § 4º do art. 121 do CP, a majorante em função de ter o agente fugido para evitar a prisão.

O § 2º do art. 206 traz um diferenciador na dosimetria da pena nos casos em que há multiplicidade de vítimas, ou seja, morte de mais de uma pessoa ou morte de uma(s) e lesão(ões) de outras, em decorrência de uma só ação ou omissão culposa, quando a pena será aumentada de um sexto até a metade. Esta previsão excepciona a regra do concurso de crimes prevista no art. 79 do CPM, que dispõe: "Quando o agente, mediante uma só ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se de espécies diferentes, a pena única é a mais grave, mas com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves, ressalvado o disposto no art. 58".

Assim, diante de um concurso formal de crimes, em que culposamente uma conduta é praticada causando um homicídio somado a outras lesões, ou causando dois ou mais homicídios, o juiz deverá aplicar a regra aqui disposta, porquanto especial em relação à regra do art. 79 do CPM. No CP não existe regra especial similar, razão por que essa situação seria solucionada não pela Parte Especial, mas pela Parte Geral, na regra do concurso formal de crimes do art. 70.

Acerca da prática de homicídio culposo na condução de veículo automotor gerando conflito aparente de normas entre o Código Penal Castrense e o Código de Trânsito Brasileiro, remetemos o leitor para nossos comentários à Parte Geral do CPM (*Primeira Parte desta obra*).

Um último aporte em relação ao homicídio culposo está na não possibilidade expressa de perdão judicial para o crime militar, ao contrário do que prevê o § 5º do art. 125 do CP.

A ausência dessa figura no CPM tem causado acaloradas discussões,

havendo aqueles que admitem a aplicação do instituto por analogia *in bonam partem* e outros que o rechaçam. Comecemos por estes.

O Superior Tribunal Militar não aceita a figura do perdão judicial. Nesse sentido, *vide* o acórdão proferido na Apelação n. 1999.01.048242-3/SP, julgada em 26 de agosto de 1999, sob relatoria do Ministro Germano Arnoldi Pedrozo:

"Apelação. Lesão culposa. Perdão Judicial. Inaplicabilidade. Age com imprudência o militar que ao fazer demonstração de arma de fogo municiada, manuseia-a sem o dever de cuidado e observância às regras exigidas, causando lesão em companheiro de farda, ainda mais em se tratando de militar experiente com armamento militar. A aplicação subsidiária do perdão judicial importa em extinção da punibilidade, hipótese não prevista no elenco constante do art. 123 do CPM. Apelo improvido. Decisão unânime".

Em decisão mais recente (28-3-2006) o STM confirmou essa visão ao julgar a Apelação n. 2005.01.050089-8/DF, sob relatoria do Ministro Flávio Flores da Cunha Bierrenbach:

"APELAÇÃO – HOMICÍDIO CULPOSO. DISPARO ACIDENTAL. FATO TÍPICO E ILÍCITO. CULPABILIDADE PRESENTE. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. AUTORIA E MATERIALIDADE PROVADAS. PERDÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE. FIGURA ESTRANHA AO DIREITO PENAL MILITAR.

1 – Recurso defensivo contra decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar, que condenou soldado do Exército à pena de 01 ano de prisão, como incurso no artigo 206 do Código Penal Militar, com benefício do 'sursis' pelo prazo de 02 anos;

2 – Militar vítima de homicídio culposo, decorrente de disparo acidental resultante de demonstração de procedimentos de segurança;

3 – O agente do crime praticou ação voluntária, que deu causa a resultado lesivo não querido, mas previsível e evitável. Declarou em juízo que tinha consciência das possibilidades de disparo de uma arma carregada e

municiada;

4 – Agente imputável, conhecedor do caráter ilícito da conduta, sendo-lhe exigível comportamento conforme o direito. Culpabilidade presente;

5 – Não há possibilidade de aplicação do perdão judicial ao presente caso, por tratar-se de figura estranha ao direito penal militar;

6 – Apelo improvido. Sentença mantida. Decisão unânime".

A possibilidade de perdão judicial para o crime de homicídio culposo, no entanto, parece-nos evidente, podendo ser construída, como dito acima, a partir da *analogia 'in bonam partem'*, trasladando o instituto trazido no Código Penal comum, no caso no § 5º do art. 121, para os crimes militares praticados nas mesmas condições.

Não é pacífica, obviamente, essa visão, contudo é possível verificar algumas pessoas que a defendem.

Iniciando pela doutrina, Ronaldo João Roth a defende com peculiar proficiência:

"(...) as hipóteses de extinção da punibilidade não se esgotam no âmbito do CPM como, por exemplo, ocorre no caso do perdão judicial no Código Penal Comum (CP Comum) previsto para o homicídio culposo ou para a lesão corporal culposa.

A aplicação de causas de extinção da punibilidade, previstas na legislação penal comum aos casos previstos no CPM, são tecnicamente possíveis em face da analogia, como já defendemos expressamente no nosso artigo 'A aplicação dos institutos do Direito Penal Comum no Direito Penal Militar'"**[1376]**.

No plano Jurisprudencial, também é possível verificar a aceitação do instituto fora das causas expressas do CPM, a exemplo do caso em estudo.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 91.155/SP, em 21 de junho de 2007, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, embora instada, não decidiu acerca do cabimento de perdão judicial em crimes militares, pela impossibilidade da via eleita.

Entretanto, embora não tenha dado guarida a essa possibilidade, ao menos não a negou peremptoriamente, entendendo que merece estudo mais detido:

"*EMENTA*: *HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME MILITAR. PENA DE DETENÇÃO. *SURSIS*. PERDÃO JUDICIAL. IMPOS-SIBILIDADE PELA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. DESCABIMENTO EM CRIME MILTARES. PRECEDENTE. ORDEM DENEGADA. I – *O pedido de perdão judicial, não previsto na legislação castrense, demanda profundo exame de provas*, sendo descabido em sede de *habeas corpus*; II – Não cabe substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em delitos militares, sendo inaplicável a analogia na espécie; III – Ordem denegada".

No âmbito estadual, no entanto, essa possibilidade tem sido mais bem aceita.

No Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, em sede da Apelação Criminal n. 5149/02 (Feito n. 029888/01, 1ª Auditoria), a Segunda Câmara, em 17 de junho de 2004, sob relatoria do Juiz Paulo Prazak, decidiu:

"A concessão de *perdão judicial* a policial militar que se encontra em estado vegetativo é causa extintiva da punibilidade e configura renúncia à imposição da pena, por sua flagrante inutilidade. Extinção da punibilidade que exime o réu de qualquer consequência penal e torna insubsistente a natureza condenatória da sentença".

Note-se que o caso não foi especificamente de homicídio culposo, mas inovou o entendimento jurisprudencial ao admitir hipótese de perdão judicial fora dos casos expressos na lei, o que pode muito bem favorecer a aplicação do instituto no homicídio culposo.

• **Elemento subjetivo:** o elemento subjetivo do crime em análise é a culpa.

Conduta culposa no Código Penal Militar está definida no inciso II do art. 33, nos seguintes termos: "...culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em

face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo".

Fácil notar que, em vez de utilizar a regra simplista do Código Penal comum, que apenas se refere, no inciso II do art. 18, à imprudência, negligência ou imperícia, o CPM preferiu definir expressamente o crime culposo, inclusive abarcando a culpa consciente, como se verifica na parte final do dispositivo transcrito. Isso não impede, no entanto, que as modalidades de culpa sejam também utilizadas para a avaliação do elemento subjetivo do crime militar culposo.

Assim, temos a *imprudência* como a atuação do agente "com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas, não usando de seus poderes inibidores"**[1377]**, a exemplo do disparo acidental de arma de fogo, causando morte, em abordagem em que o sujeito ativo mantém o dedo na tecla do gatilho. A *negligência* caracteriza-se pela "inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou preguiça mental"**[1378]**, a exemplo do acidente automobilístico com vítima fatal provocado por falta de óleo de freios, não verificada a irregularidade pelo motorista. Por fim, a *imperícia* traduz-se pela incapacidade, pela "falta de conhecimentos técnicos no exercício de arte ou profissão, não tomando o agente o que sabe ou o que deveria saber"**[1379]**, a exemplo do médico diplomado que apresenta uma falibilidade por defeito em conhecimento que deveria ter é imperito; caso não seja médico diplomado, será imprudente.

Tem-se admitido conduta omissiva culposa nos casos em que está presente o dever jurídico de ação, trazido pelo § 2º do art. 29 do CPM, que não se prende somente a um "não fazer doloso". Como exemplo, o caso do Processo n. 41.969/05, que teve curso pela 4ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, em que dois policiais militares rodoviários, após um acidente automobilístico em que um animal equino foi morto, simplesmente arrastaram a carcaça do animal para o acostamento, sem que sinalizassem o local, causando risco à circulação; no período noturno daquele mesmo dia, um ciclista circulava pelo acostamento da via, chocou-se com a carcaça do animal, o que causou sua queda e, em seguida, sua morte por traumatismo cranioencefálico; os policiais

militares foram condenados por lesão corporal culposa, mas poderiam muito bem responder pelo homicídio culposo. Embora discutível sob vários enfoques (subsidiariedade do Direito Penal, p. ex.), é inegável que, no plano teórico, a construção por homicídio culposo (ou lesão corporal culposa, como no caso concreto) é possível.

Outra possibilidade de homicídio culposo está na *culpa imprópria* (*culpa por extensão* ou *por assimilação*), que exsurge do erro de fato culposo (art. 36, § 1º, do CPM) ou do excesso nas causas de justificação (art. 45 do CPM). Nesses casos, o agente deseja o resultado típico, portanto há dolo na persecução do resultado; há, contudo, um vício em sua representação da realidade, como pode ocorrer nas descriminantes putativas. Em razão da presença do dolo, deve-se alertar que há seguimento doutrinário que não assente na classificação de tais delitos como delitos culposos, mas sim dolosos, com o apenamento de uma culpabilidade culposa, ou seja, haveria um tipo de injusto doloso com a consequência de um tipo de culpabilidade de culposo**[1380]**.

• **Consumação:** o delito se consuma quando a vida humana deixa de existir, ou seja, juridicamente, quando o encéfalo deixa de funcionar, na morte encefálica, nos termos do que dispõe o art. 3º da Lei n. 9.434/97.

Assim como no homicídio doloso, a morte deve, em regra, ser comprovada por laudo necroscópico, admitindo-se, entretanto, as exceções já mencionadas nos comentários ao art. 205.

• **Tentativa:** excluídos os casos de culpa imprópria, não se admite a tentativa no homicídio culposo.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** o delito, à luz da descrição típica do art. 206, poderia ser perpetrado por qualquer pessoa, o que possibilitaria a complementação do artigo pelas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo fosse militar da ativa, e do inciso III do mesmo artigo, caso o autor fosse militar da reserva remunerada, reformado ou civil**[1381]**. Todavia, pelas razões já expressas nos comentários aos sujeitos do crime no art. 206, preferimos entender possível apenas a primeira situação.

Note-se que, apesar do nosso entendimento, acima classificamos o delito como impropriamente militar visto que tal classificação é apenas lastreada nos elementos típicos da Parte Especial, e não com a total consideração da tipicidade indireta trazida pelo art. 9º do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.3. Provocação direta ou auxílio a suicídio

• **Tipo legal**

Art. 207. Instigar ou induzir alguém a suicidar-se, ou prestar-lhe auxílio para que o faça, vindo o suicídio consumar-se:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

Agravação de pena

§ 1º Se o crime é praticado por motivo egoístico, ou a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer motivo, a resistência moral, a pena é agravada.

Provocação indireta ao suicídio

§ 2º Com detenção de um a três anos, será punido quem, desumana e reiteradamente, inflige maus-tratos a alguém, sob sua autoridade ou dependência, levando-o, em razão disso, à prática de suicídio.

Redução de pena

§ 3º Se o suicídio é apenas tentado, e da tentativa resulta lesão grave, a pena é reduzida de um a dois terços.

• **Objetividade jurídica:** Protege-se o direito à vida da pessoa, bem jurídico maior.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o

civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1382].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa atingida pela conduta, podendo também ser qualquer pessoa, civil ou militar (ativo ou inativo, federal ou estadual).

Cabe aqui ressaltar que, sendo o sujeito passivo um civil, no âmbito das Justiças Militares Estaduais, com a edição da Lei n. 9.299, de 7 de agosto de 1996, e da Emenda Constitucional n. 45/2004, a competência de apreciação deste crime, quando doloso, será do Tribunal do Júri. Discussão à parte sobre a constitucionalidade dessa norma, o crime em questão, mesmo tendo como vítima um civil, continua sendo militar, devendo ser apurado pela polícia judiciária militar, conforme já discutimos nos comentários à Parte Geral do CPM.

Ademais, o sujeito passivo deve ter discernimento, ou seja, ter a capacidade de compreensão e de escolha diante da atuação do sujeito ativo, sob pena de, não sendo assim, configurar-se como crime de homicídio. *In exemplis*, um militar que auxilia ou instiga uma criança menor de 14 anos ou um doente mental a cometer o suicídio, estará, em verdade, em prática de homicídio, e não do delito em estudo.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta consiste na participação moral pela *indução* (criar a ideia) ou pela *instigação* (fortalecer, reforçar a ideia que já existe), ou ainda pela participação material, *prestando auxílio* ao suicida (fornecer meios materiais para a consecução do suicídio).

O *auxílio* pode, ainda, consistir na informação de métodos ou dos efeitos de substâncias tóxicas expressas no questionamento feito por aquele que pretende suicidar-se, sem que o fornecimento de tais informações consista em induzimento ou instigação. Para a exata adequação típica na modalidade de auxílio, obviamente, não pode haver a prática do agente de atos executórios para a morte do, até então, suicida – a exemplo do terceiro que retira a cadeira que dá sustentação ao corpo de um decidido suicida –, porquanto teríamos a hipótese de homicídio, e não de auxílio ao suicídio.

Ponto polêmico está na possibilidade da prática deste delito por

omissão.

Primeiro, nas modalidades de *instigar* e *induzir*, obviamente, a descrição típica comanda uma conduta comissiva. No entanto, não é tão clara essa conclusão quando se trata do *auxílio*. Obviamente a discussão somente ganha relevância nos casos do dever jurídico de ação em que a omissão se torna causa normativa do resultado, chegando-se à figura do garante, nos termos do § 2º do art. 29 do Código Penal Militar.

Para alguns, a exemplo de Frederico Marques**[1383]**, o auxílio somente comportaria modalidade comissiva, e, nesse contexto, o garante que se omitisse diante de um convicto suicida, claro, desde que possuísse plenas condições de impedir o ato, deveria responder por delito autônomo, a exemplo do delito de omissão de socorro (art. 135 do CP), que deverá ser processado perante a justiça comum. Essa também é a lição de César Dario mariano:

"Não há que se falar em auxílio por omissão. O auxílio pressupõe conduta comissiva, como indicado no tipo. Havendo o dever jurídico de impedir o suicídio, o agente poderá responder por omissão de socorro (art. 135 do CP)"**[1384]**.

Com o devido respeito, essa visão se mostra uma perigosa via, em que outros poderão defender, por exemplo, que a omissão do garante deve configurar delito autônomo, mas não o de omissão de socorro, e sim o próprio homicídio, no caso do nosso Código Castrense, capitulado no art. 206.

Uma tal construção seria extremamente gravosa e, em nosso entender, não prestigiada pela interpretação mais favorável, que pode simplesmente ser obtida pela admissão de *auxílio* ao suicídio por omissão do garante.

Nesse sentido, posiciona-se Rogério Greco, arrimado em Regis Prado e em Aníbal Bruno:

"Entendemos, como a maior parte da doutrina, ser admissível a *prestação de auxílio por omissão*, desde que o agente se encontre na posição de garante, quando, no caso concreto, devia e podia agir para evitar o resultado, razão pela qual poderá responder, de acordo com a norma de extensão prevista

no § 2º do art. 13 do Código Penal, pelo delito tipificado no art. 122 do mencionado diploma repressivo, se com a sua omissão dolosa contribuiu para a ocorrência do resultado morte da vítima"**[1385]**.

Frise-se que os comentários acima, afetos à norma penal comum, encontram perfeito respaldo no Direito Penal Militar, não só pela semelhança entre o art. 122 do CP e o art. 207 do CPM, como também pela idêntica previsão trazida pelo § 2º do art. 29 do CPM ao § 2º do art. 13 do CP.

Esta, assim nos parece, é a visão mais adequada.

O § 1º do art. 207 traz a causa de aumento de pena – e não uma qualificadora – consistente no caso de o autor perpetrar o delito por *motivo egoístico* ou contra *vítima menor* ou que tem *diminuída, por qualquer motivo, a resistência moral*. Tem-se, aqui, uma causa especial de aumento de pena que não define o *quantum* da agravação, devendo-se lançar mão do art. 73 do CPM.

Motivo egoístico é aquele que resume o excesso de amor próprio a todo custo, sem se importar com as consequências de seus atos para as outras pessoas. Como exemplo, pode ser citado o militar que instiga seu companheiro de farda a praticar o suicídio para na vaga dele ser promovido.

A lei penal militar, por vezes, faz referência a criança, como na letra *h* do inciso II do art. 70 do CPM, ou a menor, como ocorre nesta causa especial de aumento de pena, conceitos que devem ser bem esmiuçados.

Quando o Código se refere a criança, parece-nos evidente que a interpretação deve ser a legal, trazida pelo art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), sendo considerado como tal aquele indivíduo com 12 anos incompletos.

O termo "menor", no entanto, não encontra similar segurança na interpretação.

Na abalizada visão de Rogério Greco, para interpretar a expressão "vítima menor", contuma-se "traçar um raciocínio no que diz respeito ao discernimento da vítima com a presunção de violência prevista na alínea *a* do art.

224 do Código Penal. Quando a lei penal fala em *vítima menor*, está se referindo, portanto, àquela menor de 18 anos, data em que se inicia a maturidade penal, e maior de 14 (quatorze) anos. Caso a vítima não tenha, ainda, completado os 14 (quatorze) anos, haverá uma presunção no sentido da sua incapacidade de discernimento, o que conduzirá ao reconhecimento do homicídio, afastando-se, portanto, o delito do art. 122 do Código Penal (...)"**[1386]**. Nesta situação, lembra César Dario – vítima menor de 14 anos –, a hipótese será de homicídio, e não de auxílio ao suicídio**[1387]**.

Embora a visão acima descrita seja anterior à atual compreensão dos crimes contra a dignidade sexual, trazida pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, parece-nos que a nova estrutura do Código Penal, no chamado estupro de vulnerável do art. 217-A, autoriza a manutenção da interpretação consignada. Mais ainda no Direito Penal Militar, em que a estrutura da violência presumida nos casos de crimes sexuais contra menor de 14 anos não foi alterada pela novel legislação, continuando intacta no inciso I do art. 236 do CPM.

Vítima com *capacidade de resistência moral diminuída* por qualquer meio deve ser compreendida como aquela que tem sensível diminuição em seu discernimento pela ação, por exemplo, drogas lícitas e ilícitas (álcool, cocaína etc.). A norma menciona *diminuição* da capacidade de resistência, o que afasta da adequação típica a eliminação completa dessa capacidade, quando o delito, como acima consignado, será o de homicídio.

O § 2º do art. 207 dispõe sobre a possibilidade de o autor ensejar o suicídio, mas não induzindo (criando a ideia), instigando (fortalecendo ideia já existente) ou auxiliando (fornecendo meios para sua execução), e sim impondo, desumana e reiteradamente, *maus-tratos* (sofrimentos físicos e/ou psicológicos indevidos, desnecessários e excessivos) a quem está sob sua autoridade (subordinado) ou dependência (escoltado ou custodiado), de tal sorte que a pessoa, por não suportar as circunstâncias impostas, cometa suicídio.

Hipótese não presente no Código Penal, esta modalidade privilegiada – note-se que as penas mínima e máxima são reduzidas em relação ao tipo-base – é rotulada como provocação indireta ao suicídio. Um exemplo, apesar de parecer remoto, poderia ser encontrado no regime de internato em que o

universo do militar ofendido é tão somente o local onde se dão os fatos, seja em escolas militares, seja em recinto de prisão militar. A tropa que labora em regime de horas trabalhadas por outras tantas de descanso é menos suscetível a essa ocorrência, pois cada turno de folga acaba por minimizar os efeitos nocivos da pressão física ou psicológica sofrida, embora não se exclua a possibilidade de ocorrência desse evento. Necessário lembrar que o sofrimento desumano imposto não pode causar diretamente a morte, porquanto estaríamos diante de possível homicídio qualificado pelo emprego de tortura (inciso III do § 2º do art. 205 do CPM), e sim ser a força motriz para a decisão da pessoa praticar o suicídio.

O § 3º do art. 207 traz causa especial de diminuição de pena, segundo a qual, se "o suicídio é apenas tentado, e da tentativa resulta lesão grave, a pena é reduzida de um a dois terços".

Pelo que se extrai do disposto no citado parágrafo, caso não haja, ao menos, o resultado lesão corporal grave (ou gravíssima, claro), não ocorrerá o delito de provocação ou auxílio ao suicídio.

• **Elemento subjetivo:** o delito em foco só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de induzir, instigar ou auxiliar a vítima a suicidar-se.

• **Consumação:** na descrição típica do *caput* e do § 2º, verifica-se nitidamente que há a exigência de que o suicídio induzido, instigado, auxiliado ou provocado indiretamente se consume, constatando-se a efetiva morte do induzido, instigado ou auxiliado. No caso do § 3º, a consumação se alcança com a produção de lesão corporal grave.

• **Tentativa:** não é possível, pois exige-se que o suicida consiga seu intento ou, ao menos, sofra lesão corporal grave, hipótese em que não ocorrerá a tentativa do *caput* do art. 207, e sim a modalidade autônoma do § 3º.

Ademais, caso haja lesão corporal não grave, diante da não cominação de pena para esta modalidade, haverá um fato jurídico-penalmente irrelevante, devendo ser apreciado, no caso do sujeito ativo militar, na esfera disciplinar.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, o que possibilita a complementação do artigo pelas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, e do inciso III do mesmo artigo, caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2. DO GENOCÍDIO

2.1. Genocídio

• **Tipo legal**

Art. 208. Matar membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou pertencente a determinada raça, com o fim de destruição total ou parcial desse grupo:

Pena – reclusão, de quinze a trinta anos.

Casos assimilados

Parágrafo único. Será punido com reclusão, de quatro a quinze anos, quem, com o mesmo fim:

I – inflige lesões graves a membros do grupo;

II – submete o grupo a condições de existência, físicas ou morais, capazes de ocasionar a eliminação de todos os seus membros ou parte deles;

III – força o grupo à sua dispersão;

IV – impõe medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

V – efetua coativamente a transferência de crianças do grupo para outro grupo.

O art. 208 inaugura o Capítulo II do Título IV do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar, tratando do crime de genocídio e dos casos assimilados.

Em primeiro aporte, deve-se lembrar que o delito de genocídio também possui tipificação como crime comum, em lei penal extravagante, a saber, a Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956, trazida ao ordenamento brasileiro por influência da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto n. 30.822/52.

O art. 1º da referida Lei, em curiosa previsão em que o preceito secundário se destaca do primário, dispõe:

"Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

a) matar membros do grupo;

b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra *a*;

Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra *b*;

Com as penas do art. 270, no caso da letra *c*;

Com as penas do art. 125, no caso da letra *d*;

Com as penas do art. 148, no caso da letra *e*".

Há também a previsão do genocídio como delito de competência do Tribunal Penal Internacional, cujo tratado instituidor foi assinado e ratificado pelo Brasil em 7 de junho de 2002, data de publicação do Decreto Legislativo n. 112, de 6 de junho de 2002, ingressando no ordenamento jurídico em 26 de setembro de 2002, por força do Decreto presidencial n. 4.388, de 25 de setembro do mesmo ano. O Tribunal Penal Internacional, deve-se lembrar, exerce uma competência complementar, como já discorremos nos comentários à Parte Geral do Código Penal Militar. O crime de genocídio está previsto no art. 6º do Estatuto de Roma, de forma pormenorizada, mas permitindo-se, por força do art. 9º do mesmo Diploma, que a Assembleia dos Estados Partes do Estatuto fixe elementos constitutivos desse crime que auxiliarão a interpretação do Tribunal, naquilo que se convencionou chamar de "técnica heterodoxa" de definição de crimes.

O citado art. 6º assim dispõe:

"Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por 'genocídio' qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

a) Homicídio de membros do grupo;

b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;

c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;

d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do

grupo;

e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo".

Vejamos então o crime militar de genocídio.

• **Objetividade jurídica:** embora haja entendimento diverso, o crime de genocídio não tem por objeto jurídico a vida, mas sim a humanidade, porquanto consiste em um crime que afeta os mais profundos sentimentos de desenvolvimento livre e digno da raça humana. Não constitui, portanto, crime doloso contra a vida.

Nesse sentido caminhou a decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 3 de agosto de 2006, sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso, em sede do Recurso Extraordinário n. 351.487/RR:

"*EMENTA*: 1. CRIME. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. *Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal*. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidades executórias. Inteligência do art. 1º da Lei n. 2.889/56, e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto n. 30.822/52. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, à integridade física ou mental, à liberdade de locomoção etc. 2. CONCURSO DE CRIMES. Genocídio. Crime unitário. Delito praticado mediante execução de doze homicídios como crime continuado. Concurso aparente de normas. Não caracterização. Caso de concurso formal. Penas cumulativas. Ações criminosas resultantes de desígnios autônomos. Submissão teórica ao art. 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal. Condenação dos réus apenas pelo delito de genocídio. Recurso exclusivo da defesa. Impossibilidade de *reformatio in peius*. Não podem os réus, que cometeram, em concurso formal, na execução do delito de genocídio, doze

homicídios, receber a pena destes além da pena daquele, no âmbito de recurso exclusivo da defesa. 3. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Ação penal. Conexão. Concurso formal entre genocídio e homicídios dolosos agravados. Feito da competência da Justiça Federal. Julgamento cometido, em tese, ao tribunal do júri. Inteligência do art. 5º, XXXVIII, da CF, e art. 78, I, c/c art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal. *Condenação exclusiva pelo delito de genocídio, no juízo federal monocrático*. Recurso exclusivo da defesa. Improvimento. Compete ao tribunal do júri da Justiça Federal julgar os delitos de genocídio e de homicídio ou homicídios dolosos que constituíram modalidade de sua execução".

Como se percebe no texto acima transcrito, o genocídio há de ser considerado crime contra a humanidade, e não contra a vida, sendo de competência da Justiça Militar seu processamento. A competência do júri somente foi firmada no caso em apreço por conta da *vis atractiva* exercida pelo Tribunal do Júri (inciso I do art.78 do CPP), no concurso do genocídio com outros homicídios dolosos. Na verificação de crime isolado de genocídio, assim extraímos da análise do julgado, a competência será do juízo monocrático no caso do crime comum, ou da Justiça Militar em caso de adequação típica ao delito do art. 208 do CPM.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar federal ou dos Estados, assim como o civil, este último restrito, exclusivamente, à esfera federal em face da limitação constitucional das Cortes Castrenses Estaduais, expressa no art. 125, § 4º, da Constituição Federal.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, não é a pessoa, e sim a coletividade, a própria raça humana. Aqui, temos mais uma razão para crer que, no caso de genocídio, mesmo que resulte na morte de civis, a competência não será do Tribunal do Júri, mas dos Conselhos de Justiça da Justiça Militar, já que o delito não se enquadra entre aqueles tidos por "contra civil".

• **Elementos objetivos:** em primeira análise, quase todas as modalidades previstas no Código Penal Militar no tipo-base e nos casos assimilados encontram similitude na Lei n. 2.889/56 e no Estatuto de Roma, mesmo porque a origem dos três diplomas remonta à *Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*, de 1948, ratificada pelo Brasil,

como dito, por meio do Decreto n. 30.822/52.

Assim, o *caput* do art. 208, em comento, guarda semelhança com a letra *a* do art. 1º da Lei n. 2.889/56 e com a letra *a* do art. 6º do Estatuto de Roma; o inciso I do parágrafo único do art. 208 do CPM guarda semelhança com a letra *b* do art. 1º da Lei n. 2.889/56 e com a letra *b* do art. 6º do Estatuto de Roma; o inciso II do parágrafo único do art. 208 do CPM guarda semelhança com a letra *c* do art. 1º da Lei n. 2.889/56 e com a letra *c* do art. 6º do Estatuto de Roma; o inciso IV do parágrafo único do art. 208 do CPM guarda semelhança com a letra *d* do art. 1º da Lei n. 2.889/56 e com a letra *d* do art. 6º do Estatuto de Roma; o inciso V do parágrafo único do art. 208 do CPM guarda semelhança com a letra *e* do art. 1º da Lei n. 2.889/56 e com a letra *e* do art. 6º do Estatuto de Roma. Apenas o inciso III do parágrafo único do art. 208 do CPM não encontra similar descrição típica nos outros diplomas.

O núcleo da conduta no *caput* do art. 208 é *matar*, ou seja, ceifar a vida, aqui valendo as mesmas observações feitas para o delito de homicídio, apenas com a ressalva de que o fim do agente não é apenas causar a morte, mas também exterminar grupo étnico, religioso etc. Em outras palavras, o autor busca eliminar, por ações ou omissões (quando tinha o dever legal de agir), a vida das pessoas que compõem um grupo nacional (de determinada nacionalidade), étnico (fatores somáticos e culturais), religioso (crentes em um mesmo conjunto de signos e significantes com conotação imaterial, ligados a uma divindade) ou pertencente a determinada raça (conjunto de indivíduos que conservam, por disposição hereditária, caracteres semelhantes, biológicos e psicológicos, provenientes de um tronco comum), com o fim de destruí-lo, total ou parcialmente.

A destruição total significa a completa eliminação do grupo, enquanto a parcial consiste na morte de alguns de seus integrantes. Note-se, entretanto, que a destruição não constitui elemento típico a ser preenchido para a consumação do delito; apenas revela o elemento subjetivo.

Nos casos assimilados do parágrafo único são enumeradas outras possibilidades próximas ao genocídio – que também podem ser compreendidas

como genocídio por estarem no capítulo que possui essa rubrica – em que nem sempre se verificará diretamente o resultado morte. Todas elas, no entanto, têm o escopo de eliminação do grupo, seja fisicamente, seja culturalmente. Nesses casos, verifica-se um potencial ofensivo minimizado, resultando num apenamento abrandado, sob a forma de privilégio, em que a pena do tipo-base, de reclusão de quinze a trinta anos, é reduzida em seus limites para reclusão de quatro a quinze anos. Vejamos, então, os casos assimilados.

Em primeiro plano, no inciso I, está a *imposição de lesões graves aos membros do grupo* em questão, consistindo em mutilações graves (ou gravíssimas), sempre com o escopo de destruir, total ou parcialmente, o grupo atacado. No que concerne à destruição total do grupo, é possível, por exemplo, impor lesões cerebrais intensas em todo o grupo, sem que isso ocasione a morte, com o objetivo de que aquele grupo, por perder sua capacidade de raciocínio, seja dizimado. A intenção de destruição parcial também pode ser verificada no caso de imposição de mutilações em alguns integrantes relevantes do grupo, de sorte que o grupo não seja dizimado, mas fique "acéfalo" e, portanto, seja facilmente subjugado.

No inciso II do parágrafo único do art. 208 do CPM temos o caso assimilado em que o agente *submete o grupo a condições de existência, físicas ou morais, capazes de ocasionar a eliminação de todos os seus membros ou parte deles*. Embora a mutilação causadora de lesões não graves não esteja compreendida no inciso I, visto acima, pode ela perfeitamente configurar hipótese deste inciso, consistindo em imposição de condições físicas capazes de ocasionar a eliminação, por exemplo, por infecções desenvolvidas no seio do grupo. Também são bons exemplos a submissão do grupo a condições tais que o impeçam de satisfazer condições básicas de subsistência, como negar alimentação, medidas de higiene, tratamento médico etc.

O ato de forçar o grupo à dispersão também se configura, nos termos do inciso III do parágrafo único do art. 208 do CPM, em caso assimilado ao genocídio. Dispersar é a disjunção, a desconexão, a separação do grupo, que perderá sua coesão e, em consequência, seus traços marcantes como comunidade.

No inciso IV do parágrafo único do art. 208 do CPM temos como caso assimilado a imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo, ou seja, a adoção de medida que impeça a procriação e, consequentemente, a sua perpetuação. Como exemplo está a esterilização forçada de mulheres e/ou homens do grupo.

Finalmente, o inciso V do parágrafo único do art. 208 do CPM prevê uma espécie de genocídio cultural, em que o agente, embora não imponha sofrimentos extremos aos integrantes do grupo, efetua coativamente a transferência de crianças para outro grupo, sentenciando, assim, a perpetuação dos traços culturais do grupo de origem.

• **Elemento subjetivo:** o elemento subjetivo do genocídio é o dolo específico (elemento subjetivo do injusto) de destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico etc.

• **Consumação:** o delito se consuma com a morte (aqui valendo as observações afetas ao homicídio), lesão grave ou, evidente, gravíssima (comprovada por laudo direto ou indireto), imposição de condições desfavoráveis ao desenvolvimento ou à procriação, ou a coação dos membros do grupo social perseguido, ainda que não haja efetivamente a sua destruição total ou parcial, elemento típico que apenas adjetiva o dolo da conduta.

• **Tentativa:** é possível sob as formas comissivas, por exemplo, quando o autor dispara tiros contra um grupo, com a intenção de matar seus integrantes, errando os disparos. Note-se que em caso de os disparos atingirem as vítimas e não as matar mas causar-lhes lesão grave, não teremos a hipótese de tentativa, mas de caso assimilado do inciso I do parágrafo único do art. 208, bem como, em certos casos, poderá estar configurada a hipótese do inciso II do parágrafo único do art. 208, e não a tentativa, quando, por exemplo, o agente impõe condições desumanas ao grupo com a intenção de matar seus integrantes, sem alcançar esse resultado efetivamente.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se

verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

No caso do inciso III do parágrafo único do art. 208 do CPM, sem correspondente na legislação penal comum, em primeira análise, quando o agente fosse militar da ativa, a complementação típica seria pelo inciso I do art. 9º do mesmo diploma. Contudo, tal interpretação levaria à possibilidade de qualquer ato de genocídio afeto ao inciso III do parágrafo único do art. 208, ainda que praticado por civil contra civil, fora de lugar sob a administração militar, fosse considerado um crime militar, alargando em muito a excepcional competência das Justiças Militares, razão pela qual entendemos mais correto, também neste caso, aplicar o inciso II do art. 9º, aliás, atendendo à intenção do legislador, já que o CPM deveria ser comparado, como dissemos no estudo da Parte Geral, ao Código Penal comum de 1969, revogado antes de sua plena vigência, que no inciso III do art. 131 possuía esse caso assimilado de genocídio.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3. DA LESÃO CORPORAL E DA RIXA

3.1. Lesão corporal dolosa

• **Tipo legal**

Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

Lesão grave

§ 1º Se se produz, dolosamente, perigo de vida, debilidade permanente

de membro, sentido ou função, ou incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias:

Pena – reclusão, até cinco anos.

§ 2º Se se produz, dolosamente, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, ou deformidade duradoura:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Lesões qualificadas pelo resultado

§ 3º Se os resultados previstos nos §§ 1º e 2º forem causados culposamente, a pena será de detenção, de um a quatro anos; se da lesão resultar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena será de reclusão, até oito anos.

Minoração facultativa da pena

§ 4º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor moral ou social ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena, de um sexto a um terço.

§ 5º No caso de lesões leves, se estas são recíprocas, não se sabendo qual dos contendores atacou primeiro, ou quando ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior, o juiz pode diminuir a pena de um a dois terços.

Lesão levíssima

§ 6º No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar.

O art. 209 do Código Penal Militar inaugura o terceiro capítulo do Título IV do Livro I da Parte Especial, capítulo que ainda possui em seu bojo o delito de participação em rixa (art. 211 do CPM).

• **Objetividade jurídica:** Tutela-se a integridade corporal (física e psíquica) da pessoa humana.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1388]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa atingida pela conduta, podendo ser civil ou militar (ativo ou inativo, federal ou estadual).

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta no *caput* do artigo em análise, que trata da lesão corporal simples ou leve, é *ofender*, que significa lesar, agredir, turbar, tendo por objeto a saúde (física ou mental) ou a integridade corporal da pessoa humana. A integridade corporal consiste na higidez do corpo humano; a saúde física, no perfeito funcionamento dos organismo humano, em todos os seus órgãos; a saúde mental resume-se à higidez normal do psiquismo da pessoa.

Aníbal Bruno nos ensina que se deve entender por lesão corporal "qualquer alteração desfavorável produzida no organismo de outrem, anatômica ou funcional, local ou generalizada, de natureza física ou psíquica, seja qual for o meio empregado para produzi-la"**[1389]**, podendo abarcar desde alterações mais evidentes, como ferimentos externos, fraturas, luxações, como outras não tão gritantes, como o corte de barba ou de cabelo desautorizado pela vítima.

A provocação da lesão corporal, a exemplo do homicídio, pode dar-se por ação ou por omissão, notadamente quando presente a figura do garante, e também de modo direto (ação direta do autor sobre a vítima) ou indireto (p. ex., a utilização de animal para lesionar a vítima), devendo a conduta, no entanto, guardar nexo causal com o resultado (físico, na comissão, ou normativo, no caso da omissão penalmente relevante), não importando o meio utilizado pelo agente.

Obviamente, a lesão deve ser provocada em outrem, não configurando crime a autolesão, em observância ao *princípio da alteridade* (ou da *transcendentalidade*), segundo o qual a pessoa não pode ser ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo do delito, pressupondo o fato típico um conportamento que transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o bem jurídico de outrem. Deve-se observar que as condutas ofensivas contra a própria pessoa,

quando definidas como crimes, ofendem interesses jurídicos de outros, a exemplo da coletividade.

A materialização da lesão decorrente da ofensa é conhecida por exame de corpo de delito, direto ou indireto, sempre necessário para a mensuração do resultado em função da dosimetria da pena, já que gradações diferentes de lesões corporais importarão em reprovações diferentes.

Questão muito polêmica está no aparente conflito de normas entre o crime de lesão corporal e o delito de abuso de autoridade, em especial pela previsão constante na alínea *i* do art. 3º da Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que dispõe ser abuso de autoridade qualquer atentado praticado por agente público à incolumidade física do indivíduo.

O conflito existe não só aqui, mas também em outras disposições, como no caso da alínea *b* do art. 3º da Lei n. 4.898/65 e do § 2º do art. 226 do Código Penal Militar, que trata da majoração para o crime de violação de domicílio. Para esse conflito, Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio, com precisão, sustentam:

"Questão complexa diz respeito à violação de domicílio praticada por funcionário público no exercício de suas funções, em flagrante abuso de poder. Nessa hipótese, concordamos com Alberto Silva Franco, para quem deve ser aplicado o tipo penal qualificado previsto no art. 150, § 2º, do Código Penal, pois o abuso de poder constitui circunstância legal específica de outro crime. Em sentido contrário, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas entendem que deve ser aplicado o art. 3º, *b*, da Lei n. 4.898/65, em virtude do princípio da especialidade"**[1390]**.

Concordando com Smanio e Alexandre de Moraes, se o intento era violar domicílio, o abuso acaba tornando-se subsidiário, prevalecendo o delito do art. 226 com a majoraçao do § 2º. Ademais, deve-se lembrar que o CPM e a Lei n. 4.898/65, nos tipos em conflito, possuem elementos especializantes intensos, não sendo esse critério seguro para a solução do conflito aparente de normas; deve-se valer do critério da sucessão temporal das leis penais, frisando-se que a Lei de Abuso de Autoridade surgiu em 1965, enquanto o Código Penal

Castrense, em 1969, já tendo como conteúdo informativo a primeira lei, concluindo-se que, mesmo conhecendo o delito de abuso de autoridade, o legislador penal militar desejou desconstituí-lo como autônomo, colocando-o como majorante de outro crime.

Trazendo agora o conflito entre o abuso de autoridade e a lesão corporal, parece-nos adequado manter a mesma linha de raciocínio, ou seja, deve prevalecer o crime de lesão corporal, e não o de abuso de autoridade, primeiro porque o abuso está configurado como forma de lesionar, ou seja, alguém já subjugado, por exemplo, pela prisão, que ainda sofre uma lesão corporal daquele que o tem sob custódia, implica necessariamente abuso de poder. Segundo, pela mencionada sucessão temporal de leis podemos afirmar que o abuso constitui um meio para a prática de lesão corporal já conhecido pelo legislador penal militar de 1969, configurando uma subsidiariedade tácita do crime de abuso de autoridade em relação ao crime de lesão corporal.

De toda sorte, há aqueles que entendem pela prevalência do crime de abuso de autoridade, bem como os que entendem ser possível a existência de concurso de crimes, posição que, curiosamente negando a primeira concepção, defendem Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio, e não sem razão, pois arrimados em firmações jurisprudenciais e doutrinárias:

"A doutrina e a jurisprudência dividem-se, ora entendendo tratar-se de concurso material, ora aplicando o princípio da absorção em relação ao delito de abuso de autoridade.

(...).

Entendemos, porém, e conforme posição dominante, que se aplica a regra de concurso material de crimes, uma vez que o abuso de autoridade, por si, já configura fato típico; e, se da conduta advém efetiva ofensa à integridade física além do abuso, tem-se por configurado o crime previsto no art. 129 do Código Penal.

Em defesa da ocorrência do concurso material de delito, saliente-se, como o fez o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que o crime de abuso de autoridade tem por objetivo resguardar os direitos constitucionais da cidadania de

eventuais abusos por parte de qualquer pessoa que exerça autoridade pública, finalidade esta diversa da do art. 129 do CP, que é a proteção da integridade física ou da saúde da pessoa".

(...).

Na hipótese de os crimes de abuso de autoridade e lesão corporal serem praticados por policial militar em serviço, a Justiça comum será competente para o primeiro, enquanto caberá à Justiça castrense o processo e o julgamento do crime de lesões corporais.

(...).

Nesse sentido, a Súmula 172 do Superior Tribunal de Justiça: 'Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço'"**[1391]**.

Com a devida vênia, parece que estão sendo usadas medidas diversas para o mesmo peso. Ora a diferença entre os conflitos enumerados – violação de domicílio/abuso de autoridade e lesão corporal/abuso de autoridade – está apenas na verificação de que no primeiro caso a subsidiariedade do abuso de autoridade é expressa, enquanto no segundo, é tácita. Mas a solução num e noutro caso, parece-nos evidente, deve-se dar em favor da absorção do abuso de autoridade pelos delitos militares focados.

A propósito da gradação das lesões sofridas, importando em sua classificação como levíssima, leve, grave, gravíssima ou seguida de morte, deve--se verificar que a proporção de reprovação vem na própria lei penal militar, nos parágrafos do art. 209 do CPM.

O § 1º do artigo em foco, sob a rubrica *lesão grave*, dispõe que se "se produz, dolosamente, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias", a pena é de reclusão de até cinco anos. A pena mínima desta lesão corporal qualificada é alcançada, na omissão do preceito secundário do tipo penal especial, pela previsão do art. 58 do CPM, chegando-se à conclusão, dessarte, de que a pena para a lesão corporal grave é de reclusão de um a cinco anos. Frise-se que o tipo exige a produção dolosa dos resultados, não se falando em

preterdolo.

Perigo de vida, por óbvio, consiste na possibilidade de que a vítima morra, o que deve ser demonstrado detidamente nos autos, no laudo resultante da perícia médica, para a aplicação da qualificadora (*perigo concreto*). Tem-se admitido, à exceção, a prova testemunhal, na impossibilidade do laudo direto ou indireto.

Debilidade permanente de membro (braços e pernas)*, sentido* (visão, audição, olfato, tato e paladar) *ou função* (circulatória, reprodutiva, respiratória, locomotiva, digestiva etc.) deve ser entendida como a redução *irreversível* da capacidade de funcionalidade do membro (ex.: corte no pulso que seccione tendão e traga a imobilidade de alguns dedos da mão), sentido (ex.: golpe no ouvido que importe na redução da audição) ou função (ex.: golpe em órgão do aparelho respiratório que afete a respiração da vítima). Deve-se, em regra, ser comprovada por laudo médico.

Por fim, a lesão que cause *incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias*, comprovada também por laudo médico, com necessidade de laudo complementar após os trinta dias, também qualificará a lesão corporal. Nesse caso, o aplicador da lei penal militar não deve simplesmente mensurar a extensão da lesão, mas também avaliar as ocupações habituais da vítima, não só as laborativas, já que a lei não se restringe a trabalho, mas também outras ligadas ao seu lazer, preparo físico etc., desde que, por óbvio, seja ocupação lícita. Como exemplo, tem-se a lesão corporal praticada a um policial militar que o afasta por quarenta dias das ocupações na Instituição.

O CPM, ao contrário do CP, não possui a qualificadora resultante da provocação de aceleração do parto, o que não impede que no caso concreto esse resultado seja compreendido, como caso que submete a vítima a perigo de vida, qualificando-se também pelo § 1º do art. 209 do CPM. Claro, no caso de incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, deformidade duradoura, debilidade permanente de membro etc., além da aceleração do parto, ocorrerá mais evidentemente a qualificadora do § 1º.

O § 2º do art. 209 cuida da lesão corporal gravíssima; dispõe que: “se

se produz, dolosamente, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, ou deformidade duradoura", é cominada a pena de reclusão de dois a oito anos, portanto, outro caso de lesão corporal qualificada. Também exige a produção dolosa do resultado.

Enfermidade incurável trata-se de qualquer moléstia ou doença em que não há possibilidade de cura, ou então em que a cura somente seja possível por procedimento que traga extremo risco à vítima, de sorte que ela não seja obrigada a submeter-se a ele. Nos dois casos, a qualificadora subsistirá. Obviamente, se a moléstia for curável sem risco para a vítima e ela, deliberadamente, não desejar submeter-se ao tratamento, a qualificadora deve ser afastada.

Perda ou inutilização de membro, sentido ou função caracteriza-se pela supressão, mutilação completa (perda) ou pela total desfuncionalidade, sem que haja extirpação (do membro), pela total perda do sentido (olfato, p. ex.) ou da função (reprodutora, p. ex.). Note-se que o parágrafo anterior se referia a diminuição, a debilidade do membro, sentido ou função, enquanto aqui temos a inutilidade.

Incapacidade permanente para o trabalho deve compreender a geração de absoluta e duradoura incapacidade laborativa, envolvendo qualquer trabalho. Em sentido diverso, César Dario Mariano entende que incide a qualificadora simplesmente quando houver a incapacidade permanente para o trabalho desenvolvido pela vítima, por exemplo, quando um empresário, pela lesão provocada, não possa mais desenvolver essa atividade, mas sim outra, a exemplo da de pedreiro**[1392]**. Com a devida vênia, entendemos que a incapacidade deve levar à impossibilidade de qualquer trabalho (*in genere*) para que haja a qualificadora, já que a norma não diz *incapacidade permanente para o seu trabalho*, e sim *incapacidade permanente para o trabalho*, devendo ser conduzida interpretação mais benéfica ao acusado. Nesse sentido, Damásio de Jesus leciona:

"(...) Suponha-se que um violinista, em consequência de lesão corporal, fique incapacitado permanentemente para o trabalho. Responde o autor

da lesão pela qualificadora de incapacidade permanente para o trabalho? Cremos que não, uma vez que, embora não possa exercer a profissão de violinista, pode exercer outro trabalho. Assim, só funciona a qualificadora quando o ofendido, em face de ter sofrido lesão corporal, fica permanentemente incapacitado para qualquer espécie de trabalho”**[1393]**.

Deformidade duradoura é a alteração estética, não necessariamente de grande vulto, que causa incômodo à vítima e que seja perceptível aos olhos de quem a vê. Não é necessário, como muito bem lembra Greco, que todas as pessoas possam ver a deformidade, mas apenas que alguém, que não a vítima, possa enxergar o dano estético, a exemplo da deformidade em parte íntima, que somente o marido possa ver na esposa**[1394]**.

O Código Penal Militar fala em deformidade *duradoura*, e não *permanente*, como o faz o Código Penal comum. As expressões, no entanto, são compreendidas por alguns como sinônimas. Nesse sentido, expõe Greco:

“Não se deve entender a *permanência* no sentido de perpetuidade, ou seja, sem possibilidade de retorno à capacidade original. A melhor ilação no inciso em estudo é aquela que entende a permanência num sentido duradouro, mesmo que reversível, por exemplo, com o recurso à cirurgia plástica, pois que, conforme corretamente afirmam Calderón Cerezo e Choclán Moltalvo, a ‘enfermidade é apreciável penalmente ainda que sua correção posterior seja possível mediante tratamento cirúrgico’”**[1395]**.

Por outro lado, há os que entendem a necessidade de perpetuidade na deformidade, como o caso de Celso Delmanto, para quem a “lei requer que ela seja permanente, isto é, indelével e irrecuperável pela atuação do tempo e da medicina”**[1396]**.

De qualquer modo, no Código Penal Castrense não se fala em deformidade permanente, mas apenas em *duradoura*, compreendida como aquela que se conserva por espaço de tempo relevante, podendo ou não ser reversível pelo próprio decurso do tempo ou por atuação médica.

Deve-se lembrar, em final aporte sobre a lesão corporal gravíssima, que o CPM, ao contrário do CP, não possui a qualificadora resultante da

provocação de aborto, o que não impede que no caso concreto esse resultado não seja compreendido como caso que submete a vítima a perigo de vida, qualificando-se pelo § 1º do art. 209 do CPM. Claro, no caso de deformidade duradoura, incapacidade permanente para o trabalho etc., além do abortamento, prevalecerá a qualificadora do § 2º, e não a do § 1º.

O § 3º do art. 209 do CPM traz as chamadas lesões qualificadas pelo resultado, sendo cominada a pena de detenção de um a quatro anos se "*os resultados previstos nos §§ 1º e 2º forem causados culposamente*" (preterdolo). O mesmo parágrafo prevê pena de reclusão de até oito anos – pela aplicação do art. 58 do CPM, reclusão de um a oito anos – se "da lesão resultar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo" (preterdolo).

Ainda que a primeira parte do § 3º do art. 209 do CPM, sem par no Código Penal, estabeleça pena menor do que aquela conferida aos §§ 1º e 2º, constitui, sim, uma forma qualificada em razão de aumentar os limites das penas mínima e máxima do preceito secundário do tipo penal simples, no *caput* do art. 209. Tem-se aqui verdadeira modalidade preterdolosa, ou seja, a provocação de uma lesão estava compreendida na representação feita pelo agente, mas não o resultado de extrema proporção contido na lesão corporal grave ou gravíssima.

Note-se que não se pode confundir esta modalidade preterdolosa com a lesão corporal culposa, que estudaremos no art. 210, porquanto aqui há a intenção de praticar a lesão, apenas o resultado mais grave fugindo da intenção do agente, enquanto na lesão corporal culposa a própria provocação da lesão foge à intenção do autor, que somente a provoca por imprudência, imperícia ou negligência.

Nesse sentido, *vide* acertado julgado do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Criminal n. 5.817/08 (Feito n. 43.240/05, 1ª Auditoria), sob relatoria do Juiz Evanir Ferreira Castilho, julgado em 10 de fevereiro de 2009:

"Policial Militar não observa regra técnica de profissão, no manuseio

de armamento; age com imprudência, dando ensejo a disparo que vem a causar lesão gravíssima em colega de farda. Autoria e materialidade do crime atestadas por Laudo de exame de corpo de delito. Parecer técnico conclusivo do bom funcionamento do revólver. Claro o delito de lesão corporal culposa".

Na segunda parte do § 3º do art. 209, com similar previsão no § 3º do art. 129 do CP, temos a lesão corporal seguida de morte da vítima, em que a intenção foi apenas provocar a lesão, e não o resultado morte, marcando-se também modalidade preterdolosa, razão pela qual também é conhecida por "homicídio preterdoloso". Difícil é a tarefa na diferenciação da lesão corporal seguida de morte e do homicídio culposo, e, com esse intento, trazemos as lições de Cezar Roberto Bitencourt:

"Também é conhecido como *homicídio preterdoloso*: dolo nas lesões, culpa na morte. Se o resultado morte for imprevisível ou decorrente de caso fortuito, o sujeito responderá somente pelas lesões corporais. Se houver dolo eventual quanto ao resultado mais grave, o crime será de homicídio.

A tipificação do crime como *lesão corporal seguida de morte* está condicionada a que as circunstâncias do fato acontecido evidenciem que o querer do agente não inclui, nem mesmo eventualmente, o resultado 'morte' que produz. Se o resultado não foi objeto do querer do agente, mas situa-se na esfera da previsibilidade, o crime é preterdoloso (art. 129, § 3º), não havendo homicídio doloso. Se a ação não foi orientada pelo ânimo de lesar, mas executada com imprudência, configura-se homicídio culposo"**[1397]**.

Evidenciando essa distinção, embora tenha havido a confirmação da absolvição recorrida, tome-se a Apelação n. 2002.01.048936-3/RS, decidida pelo Superior Tribunal Militar, em 8 de agosto de 2002, sob relatoria no Ministro José Luiz Lopes da Silva:

"*EMENTA*. APELAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO. INSTRUÇÃO DE LANÇAMENTO DE GRANADAS.

Caracteriza o crime culposo quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção ou diligência, ordinária ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que poderia prever ou, prevendo-

o, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo. Inteligência do inciso II, artigo 33, do CPM. No presente caso, durante a instrução de lançamento de granadas, uma delas, falhada, após o lançamento de uma outra, retornou do fosso a elas destinado, caindo no local de espoletamento e explodindo logo em seguida, causando a morte de um cabo e ferindo dois soldados. Segundo consta dos autos, a granada lançada, ao cair no fosso, detonou, expulsando, por efeito de 'sopro', as granadas falhadas para fora do referido fosso, sendo que uma delas, por fatalidade, caiu justamente ao lado do pessoal do espoletamento, que estava atrás dos cunhetes, há mais de 30 metros de distância do fosso. Os autos comprovam que o agente, responsável pela instrução, tomou todas as providências necessárias prescritas nos regulamentos, objetivando a segurança dos instruendos, não havendo negligência, imprudência ou imperícia capaz de responsabilizá-lo pela ocorrência do acidente. Apelo do MPM improvido. Decisão unânime".

Perceba-se que, à evidência, muito maior a reprovação da lesão corporal seguida de morte (art. 209, § 3º, do CPM), cuja pena é de reclusão de um a oito anos, do que a do homicídio culposo (art. 206 do CPM), cuja pena é de detenção de um a quatro anos, visto que neste, arrimado nas precisas lições de Bitencourt, nem sequer havia a intenção de lesionar.

No § 4º do art. 209, sob a rubrica *minoração facultativa da pena*, o CPM dispõe que "se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor moral ou social ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena, de um sexto a um terço". Conhecida por alguns como *lesão corporal privilegiada*, em verdade não constitui um privilégio, afeto à primeira fase de aplicação da pena, e sim causa especial de diminuição de pena, incidente da última fase da aplicação da pena criminal. Já comentamos os elementos desta minorante acima, quando tratamos do § 1º do art. 205 do CPM, para onde remetemos o leitor. A minorante, se encontrados os requisitos, é obrigatória e aplicável às lesões corporais leve, grave, gravíssima e preterdolosas, já que estas possuem caráter objetivo e a minorante, subjetivo. No caso da lesão corporal leve, no entanto, a possibilidade de minoração por aplicação do § 5º será maior, de um a dois terços.

No caso de lesões leves, dispõe o § 5º do art. 209 do CPM que, se “estas são recíprocas, não se sabendo qual dos contendores atacou primeiro, ou quando ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior, o juiz pode diminuir a pena de um a dois terços”. Esta causa especial de diminuição de pena (também conhecida por lesão corporal privilegiada) deve ser aplicada somente no caso da lesão corporal leve, trazida pelo *caput* do art. 209 do CPM. Em primeiro aporte, temos a minoração quando ocorrem lesões recíprocas – “A” agride “B”, mas também por ele é agredido, sem que se possa determinar quem iniciou a agressão, o juiz pode (em nossa opinião, “deve”) reduzir a pena de um a dois terços para ambos os contendores. A previsão da segunda parte apenas impõe a minoração diferenciada do § 4º para o caso de lesão corporal leve, conforme já expusemos.

Por fim, o § 6º do art. 209 do CPM dispõe que no “caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar”. Dispositivo sem par no CP, o parágrafo em questão trata da *lesão corporal levíssima*, classificação que deverá ser feita pelo abalizado juízo do Poder Judiciário, já que aos laudos, como regra, considerarão uma lesão corporal, no mínimo, como leve, e não levíssima.

As lesões leves que devem ser aceitas como levíssimas são as mínimas e que não provocam qualquer alteração no cotidiano dos ofendidos, a exemplo dos eritemas, hematomas, equimoses, arranhões, todos de pequena área e mínima complexidade. Em suma, embora haja visão destoante, tem-se a compreensão de que aqui houve pela lei penal militar a positivação do princípio da insignificância, ainda que o legislador penal militar de 1969 não possuísse plena compreensão disso, reconhecendo-se o crime de bagatela.

Muito comum que se entenda a medida disposta no § 6º como desclassificação do delito de lesão corporal, o que, tecnicamente, não o é, porquanto a conduta não é remetida para a subsunção em outro tipo penal militar. O que ocorre, em verdade, é uma descriminalização da conduta por fruto da interpretação do juiz, considerando-a tão ínfima que sequer chega a comprometer o bem jurídico tutelado pela norma, afastando-se, dessarte, a própria tipicidade.

Entretanto, ao reconhecer a atipicidade da conduta – ou desclassificar, como preferem alguns –, o juiz (seja singular ou o Conselho de Justiça, conforme inteligência do § 1º do art. 36 do CPPM), incentiva a avaliação da conduta na esfera administrativo-disciplinar.

Essa avaliação caberá às autoridades disciplinares do outrora réu, a exemplo do Comandante de unidade, que desencadeará a apuração disciplinar do fato, se é que isso já não foi feito, em homenagem à independência das esferas, podendo a apuração disciplinar e a atuação de polícia judiciária militar ocorrer em paralelo.

Essa decisão judicial, seja em que fase for, embora existam relevantes entendimentos em sentido contrário, não impõe ao Comandante a necessária aplicação de uma punição, mas fomenta a apuração disciplinar do fato, podendo inclusive haver o arquivamento, prestigiando o art. 2º da Constituição Federal, que reconhece a independência harmônica dos Poderes da República Federativa do Brasil.

Em sentido oposto, com muita ênfase, Ronaldo João Roth postula:

"As peculiaridades do serviço policial-militar impõem ao servidor militar regras de natureza própria e especialíssimas, havendo, hoje, grande ênfase a torná-lo um servidor do Estado, nos trabalhos da reforma constitucional, pois só assim se evitaria torná-lo cada vez mais igual juridicamente ao servidor público civil, o que já se demonstrou inadequado esse estado.

A decisão judicial, seja encerrando a ação penal, seja evitando a ação penal, é de cunho declarativo-constitutivo, impondo à Administração militar a apuração disciplinar do fato, obedecendo-se aos limites da coisa julgada.

Os casos de desclassificação do juízo castrense, reconhecendo a infração disciplinar, só são aqueles enunciados pela Lei Substantiva Castrense, o que por isso vincula a ação da autoridade administrativa.

Os motivos da desclassificação da infração penal para disciplinar limitam o espectro de apreciação por parte da autoridade militar, exigindo que sua decisão se faça diante da moralidade e razoabilidade administrativa.

A decisão judicial, transitada em julgado, quando é comunicada à autoridade administrativa militar, não comporta mais qualquer recurso, dada a ocorrência da preclusão.

Existe discricionariedade da autoridade militar no cumprimento da decisão judicial desclassificatória no que tange à dosagem da punição administrativa e até a justificativa, em certos casos, de sua aplicação.

A falta disciplinar, ao contrário do crime, deve ser punida pelo princípio da atipicidade que a rege.

A Justiça Militar, desde as suas origens, tanto no primeiro quanto no segundo grau, decidem, constitucional e legalmente, acerca de matéria administrativa, sem que com isso se entenda pela invasão de competência de seus atos, no Executivo.

A decisão judicial, muitas vezes, incide na esfera administrativa e esse é o caso de comunicação de instâncias.

Nem toda decisão administrativa contrária ou refratária à decisão Judicial Castrense é uma imoralidade administrativa, mas somente será assim considerada aquela que for desarrazoada.

A prescrição administrativa e a exclusão do policial-militar de sua Corporação são causas da extinção da punibilidade disciplinar”**[1398]**.

Apesar de essa previsão estar atrelada às lesões dolosas, entendemos, em prestígio à analogia *in bonam partem* e à proporcionalidade, cabível no caso de lesão corporal culposa levíssima. Aliás, entendendo o princípio da insignificância como transcendente à letra estrita da lei, mas como ferramenta interpretativa da tipicidade, nem sequer é necessária burilada construção jurídica; basta que se entenda na lesão corporal culposa que o bem jurídico foi insignificantemente ofendido.

Malgrado nossa posição, é possível encontrar jurisprudência em sentido oposto; por todas, *vide* decisão da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, que, na Apelação Criminal n. 5.874/08 (Feito n. 47.613/07, 1ª Auditoria), em 7 de julho de 2009, sob relatoria do Juiz Evanir

Ferreira Castilho, decidiu:

"Incide no crime de lesão culposa com a agravante prevista no § 1º do art. 210 do Código Penal Militar o policial militar que, na condução de viatura, adentra em cruzamento sem observar as regras que lhe impunham fazê-lo com velocidade reduzida, bem como verificar se havia algum veículo no local, e colide com motociclista que gozava de preferência de passagem, causando-lhe lesão de natureza leve. É vedado aplicar o instituto da *desclassificação* de lesão levíssima dolosa para infração disciplinar no caso de lesão culposa e de natureza leve".

• **Elemento subjetivo:** o elemento subjetivo da lesão corporal do art. 209 do CPM é o dolo, a vontade livre e consciente de alcançar a lesão, mesmo nas modalidades compreendidas pelo § 4º do mesmo artigo, em que a intenção de provocar a lesão existe, apenas não sendo compreendidos na intenção do agente os resultados de extrema gravidade (preterdolo).

• **Consumação:** o delito se consuma quando a integridade corporal, a saúde física ou mental da pessoa é turbada.

Como já consignado, é necessária a comprovação médica da lesão, trazida aos autos para que se verifique a consumação do delito em uma de suas modalidades.

• **Tentativa:** é possível sob as formas comissivas, por exemplo, quando o autor desfere um golpe contra a vítima não a acertando por motivos alheios à sua vontade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

Para os que admitem a aplicação da Lei n. 9.099/95 aos crimes militares – que não é nosso caso, como demonstramos nos comentários à Parte Geral –, a lesão corporal dolosa de natureza leve, nos termos do art. 88 da citada Lei, dependerá de representação do ofendido, condição de procedibilidade que caracteriza o delito como de ação pública condicionada.

3.2. Lesão culposa

• **Tipo legal**

Art. 210. Se a lesão é culposa:

Pena – detenção, de dois meses a um ano.

§ 1º A pena pode ser agravada se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima.

Aumento de pena

§ 2º Se, em consequência de uma só ação ou omissão culposa, ocorrem lesões em várias pessoas, a pena é aumentada de um sexto até metade.

• **Objetividade jurídica:** tutelam-se a integridade física e a saúde física e mental da pessoa humana.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pela descrição típica pode ser, em tese, qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais[1399].

Entretanto, seguindo nossa linha de raciocínio, o inativo e o civil somente cometem delito militar, por previsão do *caput* do inciso III do art. 9º do CPM, quando com sua conduta desejar atentar contra a própria Instituição Militar, configurando-se, pela tipicidade indireta, um elemento subjetivo específico, o que se demonstra incompatível com a modalidade culposa de delito, não só da lesão corporal, mas também de todos os crimes previstos no Código

Penal Castrense. Assim, admitimos apenas como sujeito ativo desta modalidade o militar da ativa, devendo o inativo e o civil responder por delito comum.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa atingida pela conduta, podendo ser civil ou militar (ativo ou inativo, federal ou estadual).

• **Elementos objetivos:** a conduta nuclear no art. 210 é a mesma do delito anterior, ou seja, ofender a saúde ou a integridade física da vítima, tanto por ação como por omissão, esta quando o agente tinha o dever de agir para evitar e não o fez. Pode ainda a conduta ser praticada por meio direto (golpe, tiro praticado pelo próprio autor), ou indireto (um animal que por culpa do dono foge e lesiona uma pessoa), sendo, ademais, imprescindível que haja nexo causal entre a ação ou omissão do autor e o resultado lesão corporal.

Deve-se também aqui considerar como possível a *culpa imprópria* (*culpa por extensão* ou *por assimilação*), que exsurge do erro de fato culposo (art. 36, § 1º, do CPM) ou do excesso nas causas de justificação (art. 45 do CPM).

Neste tipo penal não se mensura o grau da lesão, pois o agente não a pretendia nem assumiu o risco de sua ocorrência; todavia, conforme expusemos no estudo do art. 209 do CPM, entendemos perfeitamente possível a aplicação do seu § 6º à lesão corporal culposa levíssima.

O § 1º do art. 210 traz a causa especial de aumento de pena decorrente da *inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício*, do fato de *o agente não prestar imediato socorro à vítima*, elementos a que tecemos comentários quando do estudo do homicídio culposo. Sempre é bom ressaltar que esta majorante não se confunde com a imperícia, que "indica inaptidão, inabilidade profissional ou insuficiência de capacidade técnica. Nesta majorante, o agente conhece a regra técnica, mas não a observa; há displicência a respeito da regra técnica. O fundamento da culpa é outro; essa desatenção serve somente para graduar a culpa, majorando-lhe a pena (...)"**[1400]**. Pode ser aqui repetido, como exemplo de aplicação dessa majorante, o caso em que um militar, no interior de seu quartel, ao receber das mãos de alguém uma arma, não confere se ela está ou não carregada; incontinente, em decorrência de um disparo indesejado, alveja e fere um terceiro qualquer. Note-se que a regra de sempre

conferir se a arma está carregada é natural da profissão e o militar em questão a conhecia; porém, por preguiça, deixou de verificá-la.

O § 2º do art. 210 aponta um diferenciador na dosimetria da pena nos casos em que há multiplicidade de vítimas, ou seja, lesões em mais de uma pessoa, em decorrência de uma só ação ou omissão culposa, quando a pena será aumentada de um sexto até a metade. Esta previsão excepciona a regra do concurso de crimes prevista no art. 79 do CPM, que dispõe: “Quando o agente, mediante uma só ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se de espécies diferentes, a pena única é a mais grave, mas com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves, ressalvado o disposto no art. 58”. Assim, diante de um concurso formal de crimes, em que culposamente uma conduta é praticada causando lesões em várias pessoas, o juiz deverá aplicar a regra aqui disposta, porquanto especial em relação à regra do art. 79 do CPM.

Acerca da prática da lesão corporal culposa na condução de veículo automotor gerando conflito aparente de normas entre o CPM e o Código de Trânsito Brasileiro, remetemos o leitor para nossos comentários à Parte Geral do Código Penal Castrense.

Também se presta à discussão da lesão corporal culposa a possibilidade ou não de aplicação do perdão judicial previsto o § 8º do art. 129 do CP. Pelas mesmas razões apontadas quando do estudo do homicídio culposo, entendemos perfeitamente aplicável o perdão judicial do Código Penal comum ao crime militar de lesão corporal culposa.

• **Elemento subjetivo:** o elemento subjetivo da lesão corporal do artigo em comentário é a culpa, consciente ou inconsciente, descrita no inciso II do art. 33 do CPM, própria ou imprópria (ex.: art. 45 do CPM – “excesso culposo”), podendo apresentar-se sob as modalidades de imperícia, negligência ou imprudência.

• **Consumação:** o delito se consuma quando a integridade física, a saúde física ou mental da pessoa é turbada, sendo necessária a comprovação médica da lesão, trazida aos autos.

• **Tentativa:** excluídos os casos de culpa imprópria, não se admite a tentativa na lesão corporal culposa.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** o delito, à luz da descrição típica do art. 210, poderia ser perpetrado por qualquer pessoa, o que possibilitaria a complementação do artigo pelas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo fosse militar da ativa, e do inciso III do mesmo artigo, caso o autor fosse militar da reserva remunerada, reformado ou civil. Todavia, pelas razões já expressas nos comentários aos sujeitos do crime no art. 210, preferimos entender possível apenas a primeira situação.

Note-se que, apesar do nosso entendimento, acima classificamos o delito como impropriamente militar porquanto tal classificação é apenas lastrada nos elementos típicos da Parte Especial, e não com a total consideração da tipicidade indireta trazida pelo art. 9º do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

Para os que admitem a aplicação da Lei n. 9.099/95 aos crimes militares – que não é nosso caso, como demonstramos nos comentários à Parte Geral –, a lesão corporal culposa, nos termos do art. 88 da citada Lei, dependerá de representação do ofendido, condição de procedibilidade que caracteriza o delito como de ação pública condicionada.

3.3. Participação em rixa

• **Tipo legal**

Art. 211. Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena – detenção, até dois meses.

Parágrafo único. Se ocorre morte ou lesão grave, aplica-se, pelo fato de

participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** com igual capitulação no art. 137 do Código Penal comum, este artigo também tutela a integridade física e a vida da pessoa, bem como a ordem pública, que é afetada com uma briga generalizada.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1401]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa atingida pela conduta, podendo ser civil ou militar (ativo ou inativo, federal ou estadual). De forma mediata, temos também como sujeito passivo a coletividade.

• **Elementos objetivos:** o núcleo do tipo é *participar de rixa*, ou seja, tomar parte em luta corporal entre várias pessoas, em agressões recíprocas, desde que estejam participando pelo menos três pessoas. Não basta a discussão ou ofensa verbal; é imprescindível a existência de violência física.

A pena cominada para o delito é ínfima, definida em detenção de até dois meses, devendo-se aplicar a regra do art. 58 do CPM, chegando-se à pena mínima de detenção de trinta dias.

Não se trata da ação direcionada de uma pessoa contra outra ou de um grupo contra outro, que caracterizaria a lesão corporal, e sim de uma pessoa contra qualquer outra envolvida, assim como qualquer delas contra este.

Obviamente, aquele que ingressa em briga generalizada para conter um dos participantes não incorrerá no crime, por própria previsão do tipo penal.

A doutrina tem distinguido a participação em rixa da participação em crime de rixa, esta condicionada à hipótese do art. 53 do Código Penal Militar, que trata do concurso de pessoas**[1402]**.

O parágrafo único do art. 211 comina a pena de detenção, de seis meses a dois anos, se "ocorre morte ou lesão grave", verdadeira qualificadora do delito. Obviamente, também incide a qualificadora diante da lesão gravíssima. Note-se que a norma não impõe que a lesão ou a morte seja praticada em

alguma pessoa em especial, podendo ser em terceiro ou em um dos contendores. Neste caso a rixa se qualificará para todos, inclusive para o eventual contendor lesionado, em verdadeiro resquício de responsabilidade penal objetiva, em que o contendor que, por óbvio, não queria sofrer lesão, também terá sua pena com base na qualificadora.

Caso seja identificado o autor do resultado mais grave em concurso material com a rixa simples, entendemos que este responderá pelo delito mais grave (homicídio ou lesão corporal) enquanto os demais, pela rixa qualificada[1403].

• **Elemento subjetivo:** o elemento subjetivo da participação em rixa é o dolo, a vontade livre e consciente de ingressar nas agressões recíprocas.

• **Consumação:** o delito se consuma quando há a participação nas agressões, nas vias de fato ou violência recíprocas, não havendo necessidade de que ocorra a lesão. Havendo lesão em um dos contendores, entretanto, o delito será qualificado.

• **Tentativa:** não é possível porquanto o sujeito participa ou não das agressões ou vias de fato recíprocas.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

4. DA PERICLITAÇÃO DA VIDA OU DA SAÚDE

4.1. Abandono de pessoa

• **Tipo legal**

Art. 212. Abandonar o militar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena – detenção, de seis meses a três anos.

Formas qualificadas pelo resultado

§ 1º Se do abandono resulta lesão grave:

Pena – reclusão, até cinco anos.

§ 2º Se resulta morte:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

O crime de abandono de pessoa inaugura o Capítulo IV do Título IV do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar, que trata da periclitação de vida ou da saúde. Este delito, possui idêntica tipificação ao art. 133 do CP (“abandono de incapaz”), apenas com a restrição de sujeição ativa para militar.

• **Objetividade jurídica:** protegem-se a saúde, a integridade física e a vida da pessoa humana.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito em foco, por restrição do próprio tipo penal, é apenas o militar, federal ou estadual, devendo ser compreendido à luz do art. 22 do CPM, ou seja, apenas o militar da ativa. Ademais, o militar deve estar na posição de exercício de guarda, vigilância, cuidado ou autoridade sobre o sujeito ativo.

Também será possível figurar no polo ativo o militar inativo equiparado a militar da ativa, nos termos do art. 12 do CPM. O militar inativo e o civil (este apenas no âmbito da Justiça Militar da União) também poderão figurar no polo ativo em caso de concurso de pessoas, nos termos do § 1º do art. 53 do Código Penal Castrense. O civil, no âmbito das Justiças Militares dos Estados, ainda que em concurso, responderá, se houver subsunção, por delito comum, na

Justiça Criminal comum.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa atingida pela conduta, podendo ser civil ou militar (ativo ou inativo, federal ou estadual), desde que esteja sob cuidado, autoridade, guarda ou vigilância do sujeito ativo.

• **Elementos objetivos:** o tipo penal em estudo possui por núcleo "abandonar", ou seja, deixar à própria sorte, não cuidar etc. O autor, para ter sua conduta subsumida, abandona pessoa incapaz de defender-se dos riscos que lhe podem advir em decorrência desse abandono.

O abandono pode dar-se por ação, como quando o agente leva a vítima para algum lugar com a intenção de abandono, ou por omissão, quando simplesmente há o afastamento físico do autor, deixando de prover os cuidados necessários à pessoa incapaz. Dessa forma, a fonte do dever de cuidar, como se percebe, pode vir da lei, de outra forma, por exemplo, a convenção, ou por conduta gerada anteriormente pelo próprio autor da infração.

Para que o delito se caracterize, é necessário que o risco seja concreto, demonstrado, sendo dispensável, porém, que ocorra qualquer dano (crime de perigo concreto).

A pessoa abandonada deve estar sob *guarda* ou *vigilância* do sujeito ativo, conceitos que se equivalem tanto doutrinariamente como etimologicamente, podendo ser exemplificados pela escolta, guarda de preso ou de estabelecimento prisional. Pode o abandonado ainda estar sob *cuidado* do sujeito ativo, por exemplo, o ferido ou vítima de mal súbito que está sendo assistido por um policial militar ou bombeiro militar. Por fim, pode o sujeito passivo estar sob a *autoridade* do autor do crime, como o interno de uma escola militar em relação ao Comandante ou responsável pela tropa discente, seja de que nível for.

Em qualquer dos casos acima, seja por que circunstância for, a vítima é ou passa a ser momentaneamente dependente do autor e este a deixa à própria sorte, expondo-a a risco de dano à saúde, à integridade física e até à vida. A propósito da incapacidade, não se confunde ela com a incapacidade civil, embora possa compreendê-la, mas a toda situação em que a vítima não tenha

condições de resistir aos riscos aos quais é exposta. Nesse sentido, Rogério Greco afirma:

"A vítima, ainda, deve ser incapaz de se defender dos riscos resultantes do abandono, incapacidade esta que pode ser *absoluta*, *relativa* (ou *acidental*), *durável* ou ainda *temporária*. Incapacidade *absoluta*, como esclarece Mirabete, é 'inerente à condição da vítima (criança de tenra idade, p. ex.)... *relativa* ou *acidental* (pelo modo, lugar ou tempo de abandono)... *durável* (menores e paralíticos) ou *temporária* (enfermidade aguda, ebriedade etc.). Além da incapacidade da vítima de se defender dos riscos resultantes do abandono, há necessidade de se comprovar a efetiva e concreta situação de perigo em que se viu envolvida"**[1404]**.

A influenciar na aplicação da pena do crime de abandono de pessoa o Código Penal Militar grafa apenas duas qualificadoras, diferentemente do Código Penal comum, que, além das mesmas qualificadoras, apresenta causas de aumento de pena no § 3º do art. 133.

O § 1º do art. 212 qualifica o delito de abandono de pessoa, cominando-lhe pena de reclusão de um a cinco anos (pena mínima com base no disposto no art. 58 do CPM), quando do abandono resultar lesão grave, incluindo-se, por óbvio, a gravíssima, que deve ser comprovada nos autos por laudo. O § 2º do artigo em foco, por sua vez, qualifica o delito quando do abandono resultar a morte da vítima, cominando uma pena de reclusão de quatro a doze anos. São modalidades preterdolosas, em que o resultado mais gravoso não está compreendido pelo dolo do agente, que somente tem a intenção do abandono.

Surge aqui um problema afeto à omissão penalmente relevante (art. 29, § 2º, do CPM) e sua diferenciação do abandono de pessoa com resultado lesão ou morte.

Como vimos acima, a fonte do dever de ação no abandono de pessoa pode surgir da lei, de outra forma, como a convenção, ou por conduta gerada anteriormente pelo próprio autor da infração. Ocorre que essas situações são as mesmas que informam o § 2º do art. 29 do CPM, que coloca o autor na posição de garante, quando deveria responder pelo delito afeto ao resultado. Assim, há de

se averiguar, em uma situação em que uma vítima é exposta a perigo, com a presença daquele que deve dela cuidar, resultando desse perigo a morte, se o agente responderá por homicídio (omissão imprópria do § 2º do art. 29 do CPM) ou por abandono de pessoa qualificado pelo resultado morte (§ 2º do art. 133 do CPM).

A resposta a essa questão reside na qualidade da vítima do ato do agente. Por incongruente que possa parecer, se ela for *incapaz* (não só juridicamente, mas fisicamente, como dissemos acima), justamente quem mais precisa de proteção, o agente responderá pelo crime do art. 212 na forma qualificada, em homenagem ao princípio da especialidade; por outro lado, caso a vítima seja *capaz*, o agente responderá pelo resultado, sob a fórmula da omissão imprópria (art. 29, § 2º, do CPM).

Essa concepção, que nos parece adequada, foi muito bem alinhavada por Bitencourt, ao tratar do problema no Código Penal comum:

"Com efeito, a reforma penal de 1984 (Parte Geral), ao regular a *figura do garantidor*, determina que o *dever de agir*, para evitar o resultado, incumbe a quem: a) *tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*; b) *de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*; c) *com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado* (art. 13, § 2º). *Mutatis mutandis*, apenas com uma terminologia mais moderna, são as mesmas *fontes* indicadas pelos doutrinadores anteriormente citados, para as hipóteses do crime de abandono de incapaz. A única diferença reside no fato de que as fontes citadas pela antiga doutrina, nesse crime, limitam-se à hipótese do sujeito passivo ser *incapaz*, enquanto as fontes relativas à *causalidade da omissão relevante* referem-se a qualquer situação. Em outros termos, pode-se afirmar, com segurança: todas as hipóteses previstas nos dois parágrafos do art. 133, se evoluírem para um resultado danoso, constituiriam, pelo disposto no art. 13, § 2º, *crimes omissivos impróprios* (e não simples crimes qualificados pelo resultado).

No entanto, diante da específica previsão da Parte Especial, particularizando uma conduta e, assim, destacando-a da regra geral, transforma

o sujeito ativo desse crime em um, digamos, 'garantidor privilegiado', que não responde pelo resultado, como crime autônomo, conforme determina o art. 13, § 2º, mas responde somente pelo simples crime omissivo agravado pelo resultado (art. 133 e parágrafos). (...)"[1405].

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de abandonar pessoa que necessita ser assistida pelo autor.

As formas previstas nos §§ 1º e 2º do art. 212 do CPM são modalidades preterdolosas, em que o resultado mais gravoso não está compreendido pelo dolo do agente, que somente tem a intenção do abandono.

Nesse sentido, dispõe Rogério Greco:

"Os parágrafos acima transcritos [§§ 1º e 2º do art. 212] traduzem hipóteses de crimes eminentemente preterdolosos. Isso significa que o agente que criou a situação de perigo concreto para a vida ou saúde da vítima não pode, em qualquer situação, ter querido a produção dos resultados morte ou lesão corporal.

Assim, o dolo diz respeito à efetiva colocação em perigo, ou seja, o agente não pretende, com seu comportamento, causar morte ou mesmo lesão corporal na vítima. Entretanto, dada a situação de perigo a que foi exposta, era previsível que tais resultados pudessem acontecer"[1406].

• **Consumação:** o delito se consuma quando a vítima passa a viver em perigo concreto proporcionado pelo abandono do autor.

• **Tentativa:** possível, exceto na conduta omissiva, por exemplo, no caso em que o autor leva a vítima para o local onde vai ser abandonada, sendo esta encontrada antes da sujeição a um perigo concreto.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado por militar e por entendermos ser substancialmente idêntico ao capitulado no art. 133 do CP, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do

CPM.

4.2. Maus-tratos

• **Tipo legal**

Art. 213. Expor a perigo a vida ou saúde, em lugar sujeito à administração militar ou no exercício de função militar, de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para o fim de educação, instrução, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalhos excessivos ou inadequados, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena – detenção, de dois meses a um ano.

Formas qualificadas pelo resultado

§ 1º Se do fato resulta lesão grave:

Pena – reclusão, até quatro anos.

§ 2º Se resulta morte:

Pena – reclusão, de dois a dez anos.

• **Objetividade jurídica:** protegem-se a saúde, a integridade física e a vida da pessoa humana.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito em foco, como bem expõe Jorge César de Assis[1407], pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF), desde que tenha a posição de exercer guarda, vigilância etc. sobre o sujeito passivo[1408].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa atingida pela conduta, podendo ser civil ou militar (ativo ou inativo, federal ou estadual), desde que esteja sob autoridade, guarda ou vigilância, para o fim de educação,

instrução, tratamento ou custódia, do sujeito ativo.

• **Elementos objetivos:** com descrição típica semelhante à constante do art. 136 do CP, o crime de maus-tratos (art. 213 do CPM) possui como conduta nuclear *expor a perigo a vida ou saúde* de outrem, ou seja, trazer risco, por ação ou omissão, à pessoa, o que deve ser demonstrado nos autos (crime de perigo concreto).

O sujeito passivo do delito deve estar sob autoridade (comandado, subordinado), guarda ou vigilância (sob escolta ou em cárcere) do autor, isso com o fim de educação (escola de formação para novos militares), instrução (cursos e estágios de especialização e aperfeiçoamento de militares já formados), tratamento (daquele que enfrenta problemas médicos) ou custódia (preso ou internado).

O meio de perpetração do delito não é livre, contendo, entretanto, multiplicidade de possibilidades, já que a norma traz expressamente a necessidade de que os maus-tratos ocorram pela *privação de alimentação* (seja em qualidade ou em quantidade) ou *cuidados indispensáveis*, como higiene, salubridade, remédio (eventualmente usado pela vítima) etc. Outro meio de perpetrar o delito está na sujeição da vítima a *trabalhos excessivos* (em carga horária ou que supere as condições físicas dela) ou *inadequados* (ao ser humano ou às condições pessoais da vítima). Por fim, os maus-tratos poderão consistir no *abuso de meios de correção ou disciplina*, podendo-se citar como exemplo as ofensas físicas com *animus corrigendi* ou *disciplinandi*, demonstrando-se serem abusivas, ou seja, desnecessárias.

O ato delituoso deve ser praticado em lugar sujeito à administração militar ou no exercício de função militar, nesse segundo caso, independente do lugar em que se dê e somente possível para o militar da ativa ou a ele equiparado (art. 12 do CPM).

Lugar sujeito à administração militar, em nossa compreensão e na ausência de norma legal definidora, deve compreender três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

Função de natureza militar, para Jorge Alberto Romeiro, com base no art. 23 do Estatuto dos Militares, "é o exercício das obrigações inerentes ao cargo militar"**[1409]**, devendo-se, no entanto, restringir a compreensão para as atividades ligadas à atividade constitucionalmente destinada às instituições militares, ou seja, preservação da ordem pública para as Polícias Militares, defesa civil para os Corpos de Bombeiros Militares – além de outras definidas em lei – e defesa da Pátria, dos Poderes Constituídos e da lei e da ordem para as Forças Armadas.

Como se percebe, entendemos equivocado o entendimento de que o policiamento ostensivo, por exemplo, não se caracteriza como função de natureza militar. Essa visão partia do Supremo Tribunal Federal, no bojo da Súmula 297, de 13 de dezembro de 1963, segundo a qual "Oficiais e praças das milícias dos estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles".

Note-se que pelo conteúdo da súmula supracitada, era muito clara a limitação da lei penal militar aos militares dos Estados, havendo uma predisposição a considerá-los civis quando na função de policiamento ostensivo.

Esse posicionamento permaneceu intacto com a edição do atual Código Penal Militar, em 1969, até que em 1977, com a chegada do "Pacote de Abril", conjunto de alterações normativas de lavra do Presidente Ernesto Geisel, uma alteração constitucional rechaçou por completo a súmula e a visão por ela encerrada.

Com efeito, a redação da Constituição Federal de 1946, que delimitou o cenário inaugural da Súmula em comento, consignava no inciso XII do art. 124 que a "Justiça Militar estadual, organizada com observância dos preceitos gerais da lei federal (art. 5º, n. XV, letra *f*), terá como órgãos de primeira instância os Conselhos de Justiça e como órgão de segunda instância um Tribunal especial ou o Tribunal de Justiça", nada mencionando acerca da competência, favorecendo,

pois, a visão restritiva do STF.

A Constituição Federal de 1967, mesmo com a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, ao tratar das Justiças Estaduais, continuou sendo muito abrangente para o foro castrense no âmbito dos Estados, visto que a alínea *d* do § 1º do art. 144 dispunha apenas que a justiça militar estadual era constituída em primeira instância pelos Conselhos de Justiça e que tinha como órgão de segunda instância o próprio Tribunal de Justiça, ainda arrimando a prevalência da Súmula 297 do STF. Ocorre que, em 13 de abril de 1977, pela Emenda Constitucional n. 7 ("Pacote de Abril de 1977"), esse dispositivo constitucional ganhou nova redação, agora mencionando que a justiça militar estadual, constituída em primeira instância pelos Conselhos de Justiça, e, em segunda, pelo próprio Tribunal de Justiça, possuía competência para processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os integrantes das polícias militares, fazendo com que a Súmula em questão perdesse sua razão de existência.

A Constituição Federal de 1988 manteve a competência de julgamento das Justiças Militares dos Estados em sua redação, agora no § 4º do art. 125, que não sofreu restrição, salvo no crime doloso contra a vida de civil, com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004**[1410]**, podendo-se afirmar, com absoluta certeza, que a Súmula 297 do Pretório Excelso não mais vige**[1411]**, embora, não raramente, alguns desavisados façam questão de resgatá-la.

Nesse contexto, entendemos que as missões constitucionalmente destinadas às Instituições Militares são as funções de natureza militar na abrangência deste tipo penal.

Não se pode confundir o delito do art. 212 do CPM com o ora estudado. Naquele, a conduta era *abandonar* uma pessoa *incapaz*, que passaria a encontrar-se em situação de risco pelas circunstâncias, e não por outra conduta do autor, que simplesmente deixou o incapaz à própria sorte. Nesse delito, a conduta é *expor a perigo a vida ou a saúde* de pessoa, não exigindo o tipo que essa pessoa seja incapaz, mas apenas que esteja sob cuidado, guarda etc. Mais ainda, o agente no primeiro crime tem a intenção de apenas abandonar, enquanto neste há a intenção de impor um dos meios de execução do crime, como a privação de

alimentação com a intenção de disciplinar.

O § 1º do art. 213 do CPM, assim como ocorreu no caso do art. 212, qualifica o delito de abandono de pessoa, cominando-lhe pena de reclusão de um a quatro anos (pena mínima com base no disposto no art. 58 do CPM), quando dos maus-tratos resultar lesão grave, incluindo-se, por óbvio, a gravíssima, que deve ser comprovada nos autos por laudo. O § 2º do artigo em foco, por sua vez, qualifica o delito quando dos maus-tratos resultar a morte da vítima, cominando uma pena de reclusão de 2 a 10 anos. São modalidades preterdolosas, em que o resultado mais gravoso não está compreendido pelo dolo do agente, que somente tem a intenção do abandono.

Tal qual ocorreu no estudo do art. 212 do CPM, para onde remetemos o leitor, aqui também surge o aparente conflito de normas entre as formas qualificadas deste artigo com o § 2º do art. 29 do CPM. A solução, embora não mais seja arrimada na figura do sujeito passivo incapaz de resistir às vicissitudes do abandono, como no artigo anterior, também deve ser encontrada com base no princípio da especialidade, ou seja, caso um professor militar, e. g., exponha a vida de seu aluno a perigo, privando-o de alimentação em uma escola militar, com o ânimo de corrigi-lo, e finde, sem ter essa intenção, por provocar-lhe a morte, deverá responder por este delito, e não pelo homicídio, com base no § 2º do art. 29 do CPM. Criou-se aqui também a figura que Bitencourt rotulou de espécie de "garantidor privilegiado".

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de submeter a pessoa a maus-tratos, com o fim de educação, instrução, tratamento ou custódia. Necessariamente, é preciso que o autor compreenda o exagero da medida, sob pena de haver hipótese de erro de fato, conforme dispõe o art. 36 do CPM.

As formas previstas nos §§ 1º e 2º do art. 212 do CPM são modalidades preterdolosas, cujo resultado mais gravoso não está compreendido pelo dolo do agente – embora previsível –, que somente tem a intenção do abandono.

• **Consumação:** o delito se consuma quando a vítima passa a viver em

perigo concreto, proporcionado pelos maus-tratos impostos pelo autor.

• **Tentativa:** possível, exceto na conduta omissiva, por exemplo, no caso em que o militar que, com o ânimo de corrigir, passa a espancar o preso, sendo impedido por terceiros antes de atingir a vítima.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

Entendemos que o enquadramento para militar da ativa deva dar-se no inciso II do art. 9º do CPM, porquanto, apesar de o art. 213 do CPM não ser literalmente igual ao art. 136 do CP, o é substancialmente, possibilitando essa compreensão. Interpretação em sentido oposto significaria uma ampliação extremada do conceito de crime militar, por exemplo, permitindo que um crime de maus-tratos praticado por um civil contra outro civil, desde que no interior de um quartel, fosse capitulado como crime militar, já que a tipificação estrita do tipo não afasta essa possibilidade. Daí a necessidade de aplicar as limitações das alíneas do inciso II do art. 9º para a caracterização deste crime como militar.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

5. DOS CRIMES CONTRA A HONRA

5.1. Calúnia

• **Tipo legal**

Art. 214. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

Exceção da verdade

§ 2º A prova da verdade do fato imputado exclui o crime, mas não é admitida:

I – se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II – se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n. I do art. 218;

III – se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

O art. 214 inaugura o Capítulo V do Título IV do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar, tratando dos crimes contra a honra, ou seja, além do delito de calúnia, os de difamação, injúria, injúria real e ofensa às Forças Armadas.

• **Objetividade jurídica:** este artigo tutela, como orienta o próprio capítulo, a incolumidade moral, a *honra objetiva* da pessoa, ou seja, a sua reputação diante de terceiros.

Diverge da honra objetiva tutelada por este artigo a *honra subjetiva*, isto é, o conceito que a pessoa possui de si própria, a sua autovaloração, que pode ser afetada por uma conduta externa.

Seja como for, a tutela da honra (objetiva e subjetiva) surge com arrimo no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe serem invioláveis “a intimidade, a vida privada, a *honra* e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua

violação”.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta da Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF)**[1412]**.

Irrelevante, deve-se ressaltar, o fato de a calúnia ter sido veiculada por advogado em nome de seu cliente, por exemplo, em uma representação ou petição em que imputa falsamente a prática de um delito a alguém, o que pode, inclusive, levar o defensor à coautoria no mesmo delito, com a observação de que, se o defensor não for militar, haverá hipótese de delito comum previsto no art. 138 do CP.

Nessa linha, o saudoso Mirabete muito bem ensina:

“Qualquer pessoa pode praticar o crime de calúnia, nada impedindo a coautoria ou participação, inclusive de advogado. (...)”**[1413]**.

Cabe lembrar, como já dispusemos, que no exercício do mandato o advogado possui imunidade material para alguns crimes de opinião, uma verdadeira inviolabilidade para, nos exatos termos do § 2º do art. 7º do Estatuto da Advocacia, os crimes de injúria, difamação ou desacato, não alcançando os demais crimes. Note-se que não consta no rol de crimes aos quais o advogado está imune o crime de calúnia. Ademais, em 18 de maio de 2006, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, considerou inconstitucional a previsão do dispositivo em relação ao crime de desacato, podendo ser tal conformação estendida aos crimes de desacato a superior (art. 298), obviamente, quando o Advogado for militar inativo, e de desacato a militar de serviço (art. 299), nesse caso podendo o Advogado ser civil (hipótese possível apenas no âmbito dos crimes militares federais) ou militar inativo (possível tanto no âmbito dos crimes militares estaduais como federais).

O sujeito passivo é o titular do bem jurídico aviltado, ou seja, a pessoa contra a qual se propalou a calúnia.

O Código Penal Militar não previu a possibilidade de calúnica contra os mortos, como o fez o § 2º do art. 138 do Código Penal comum. Sobre essa possibilidade no CP, Guilherme de Souza Nucci aduz que:

"(...) admite-se a calúnia contra os mortos (§ 2º). Aliás, o mesmo se diga quanto aos inimputáveis, que podem ser sujeitos passivos do delito de calúnia porque a lei fala em atribuir prática de '*fato* definido como crime', e não singelamente na atribuição de '*crime*'. Há figuras típicas (fatos) passíveis de serem praticados por menores e loucos – como o homicídio, por exemplo –, embora não sejam crimes por lhes faltar indispensável elemento, que é a culpabilidade"**[1414]**.

No que concerne à possibilidade de o sujeito passivo ser inimputável, as lições de Nucci aproveitam plenamente ao Direito Penal Militar, claro devendo haver verossimilhança da imputação. Por outro bordo, pela falta de previsão típica, não há falar em crime militar de calúnia contra os mortos, devendo o fato ser apurado como crime comum.

Há posição doutrinária que entende possível o crime de calúnia contra a pessoa jurídica, mormente com foco na Lei n. 9.605/98, que possibilita que ela figure na sujeição ativa de crime ambiental, sendo, logo, possível que alguém lhe impute fato descrito como crime, sabendo falsa a imputação. Nesse sentido *vide* Rogério Greco**[1415]**.

Entretanto, anuímos à visão de Mirabete, ao entender que o sujeito passivo deve ser a pessoa física, nos seguintes termos:

"(...) Afasta-se, assim, a possibilidade da prática de crime de calúnia contra a pessoa jurídica, podendo a ofensa, entretanto, atingir diretamente aqueles que a dirigem"**[1416]**.

Adiante, o prestigiado autor, ao comentar o crime de difamação, sacramenta:

"O sujeito passivo é qualquer pessoa, inclusive menores e doentes mentais, como no crime de calúnia. Referindo-se à lei, no tipo penal, a *alguém*, e estando a calúnia entre os 'crimes contra a pessoa', o entendimento é de que não

é abrangida pelo Código a difamação contra pessoa jurídica, que, em tese, pode ocorrer quando uma pessoa imputa fato ofensivo à reputação (honra objetiva) de ente coletivo. Há crime de difamação, porém, quando a ofensa atinge diretamente dirigentes da pessoa jurídica (...)"**[1417]**.

Muito feliz a construção do autor ao analisar a posição do delito no Código Penal comum, alocando-o nos crimes contra a pessoa, entendendo que o legislador desejou apenas se referir à pessoa natural. Essa lógica, no entanto, apresenta uma falha para o CPM. É que o capítulo em estudo, integrante do Título IV, que trata dos crimes contra a pessoa, permitiria a mesma interpretação não fosse o fato de capitular entre os crimes contra a honra o delito do art. 219, que define a ofensa às Forças Armadas. Somente podemos entender que errou o legislador penal militar ao capitular a ofensa às Forças Armadas nos delitos contra a honra (da pessoa), devendo em verdade constituir crime contra a disciplina e a autoridade militar ou mesmo contra a Administração Militar.

Seja como for, ficamos com Mirabete, mesmo porque a discussão se torna irrelevante diante da complementação típica exigida neste crime pelas alíneas dos incisos II e III do art. 9º do CPM, que dispõem como sujeito passivo a pessoa natural ou a Administração Militar. Assim, ainda que admitamos, por exemplo, a calúnia de um militar da ativa contra uma empresa prestadora de serviço no quartel, fato esse perpetrado no interior da unidade militar, não haverá subsunção à alínea *b* (e a nenhuma outra) do inciso II do art. 9º do CPM, concluindo-se não se tratar de crime militar.

• **Elementos objetivos:** com similar previsão no art. 138 do Código Penal comum, o núcleo da conduta no tipo penal do art. 214 do CPM é *caluniar*, ou seja, ofender alguém imputando-lhe, falsamente, uma conduta tipificada como crime, qualquer que seja (comum, militar etc.). Caso a imputação falsa seja de contravenção, e não de crime, não haverá calúnia, podendo configurar-se o delito de difamação (art. 215 do CPM)**[1418]**.

O autor sabe que a vítima não praticou a conduta que ele lhe imputa, mas assim o faz para macular a sua honra objetiva. O autor divulga a terceiro qualquer notícia, maculando, portanto, a honra da vítima perante o terceiro que a ouve.

Não é necessário que a vítima esteja presente no momento da calúnia, que pode ser anunciada verbalmente, por escrito, por gesto, em suma, por qualquer forma que se faça entender.

O § 1º do art. 214 impõe a mesma pena de detenção, de seis meses a dois anos, àquele que, *sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga*. Propalar trata-se da divulgação verbal, enquanto a divulgação pode implicar outros meios, como a mensagem por *e-mail*.

Cuida o artigo em estudo, no seu § 2º, da *exceção da verdade*, em que o autor da suposta calúnia poderá afastá-la se demonstrar que o fato imputado como crime realmente ocorreu e tem por autor aquela pessoa a quem se referira inicialmente.

Todavia, nem sempre é cabível a exceção da verdade, conforme dispõem os incisos do próprio § 2º do art. 214.

Em primeiro lugar, será impossível a exceção da verdade se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível, ou seja, havendo ação penal privada mas sem condenação irrecorrível, e até mesmo nos casos em que nem sequer exista a ação penal privada. Interessante notar que o dispositivo trata de crime de ação penal privada (exclusiva), inexistente no Código Penal Militar, o que comprova que no crime militar de calúnia o fato imputado como crime pode ser afeto a um crime comum, bastando que haja uma das circunstâncias do inciso II do art. 9º do CPM – por exemplo, quando perpetrada por um militar da ativa contra outro na mesma situação, no termos da alínea *a* do inciso II do art. 9º do referido Código – para que se caracterize como delito castrense. A propósito dessa situação, com muita propriedade, Regis Prado afirma que a impossibilidade de arguição da exceção da verdade, nesse caso, decorre do princípio da disponibilidade da ação penal privada (§ 2º do art. 100 do CP e art. 30 do CPP), cabendo apenas ao ofendido formular a queixa-crime, sem o que indemonstrável seria a verdadeira prática daquele fato**[1419]**.

Já Rogério Greco, em prestígio ao princípio constitucional da ampla

defesa (art. 5º, LV, da CF), entende que esta vedação à exceção da verdade merece uma revisitação, ou seja, como impedir alguém que demonstre, em sua defesa num processo-crime por calúnia, que o fato outrora imputado, ainda que constitua crime de ação penal privada, é verdadeiro? Nessa vertente, o autor propõe:

"Dessa forma, em primeira conclusão a que chegamos é que quando existe uma ação penal de iniciativa privada em andamento, que busca apurar infração penal que é atribuída à suposta vítima do delito de calúnia, deveria o julgador, que se encontra à frente do processo que apura o delito contra a honra, suspender o andamento da ação penal, admitindo a *exceptio veritatis*, a fim de que sua decisão sobre a existência ou não do delito de calúnia fique dependendo da conclusão a que se chegar nos autos em que se apura o crime atribuído pela agente à suposta vítima"**[1420]**.

Acerca da impossibilidade de exceção da verdade em caso em que nem sequer tenha ocorrido o início da ação penal privada, o mesmo autor, arrimado na ampla defesa, argumenta que "não seria lógico, razoável, condenar uma pessoa pela prática de um delito que não cometeu simplesmente por presumi-lo como ocorrido, em face da impossibilidade que tem de levar a efeito a prova de sua alegação"**[1421]**.

Parece-nos muito adequadas as lições de Rogério Greco, a quem nos alinhamos para a compreensão do crime militar de calúnia, mesmo porque poderíamos trabalhar com a hipótese de não recepção do inciso I do § 2º do art. 214 do CPM, diante do que dispõe o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Também não cabível a exceção da verdade, pela letra da lei, se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no inciso I do art. 218, ou seja, contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro (entendemos que também pretendeu o dispositivo alcançar o chefe de Estado, onde seja figura separada do chefe de governo). Em prestígio aos chefes de governo, a lei penal militar não admite a exceção da verdade, porquanto isso poderia significar o questionamento dessas pessoas em sede judicial, levando-as, de alguma forma, a responder por um fato perante a Justiça, sem respeito, por exemplo, no caso do Presidente da República, à sua irresponsabilidade penal.

O Presidente da República desfruta daquilo que se intitula *imunidade presidencial* ou *irresponsabilidade penal relativa*. Sobre ela discorre Alexandre de Moraes ao dizer que, "diferentemente do princípio da absoluta irresponsabilidade, inerente ao caráter vitalício do cargo real (*The King can do no wrong*), a Constituição Federal prevê regras especiais de responsabilização do Presidente da República, tanto por infrações político-administrativas quanto por infrações penais"**[1422]**.

No que se refere à responsabilidade penal do Presidente da República, devemos primeiro cindir em duas possibilidades de perpetração de atos entendidos como delituosos: infrações penais estranhas ao exercício do cargo, ainda que no período em que detenha o mandato; infrações penais praticadas em razão do cargo.

No primeiro caso, ou seja, nas infrações penais praticadas em ato estranho ao cargo, sejam elas perpetradas antes ou durante o mandato, o Presidente da República não sofrerá responsabilização penal de qualquer ordem, conforme disposto no § 4º do art. 86 da CF: "O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções".

"Assim", conclui Pedro Lenza, "as infrações penais praticadas antes do início do mandato ou durante sua vigência, porém sem qualquer relação com a função presidencial (ou seja, não praticadas *in officio* ou *propter officium*), não poderão ser objeto da *persecutio criminis*, que ficará, provisoriamente, inibida, acarretando, logicamente, a suspensão do curso da prescrição"**[1423]**.

Em outro polo, temos as infrações penais praticadas pelo Presidente da República relacionadas com o exercício do cargo, havendo que considerar, para seu estudo, uma subdivisão, a saber, as infrações penais de responsabilidade e as infrações penais comuns.

Crimes de responsabilidade são, dentre as várias correntes existentes, "infrações político-administrativas definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função, que atentam contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do País, a probidade da

Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais”[1424]. Esse rol, meramente exemplificativo, consta do art. 85 da Lei Maior, que exige, por seu parágrafo único, que lei especial seja editada para sua tipificação e para as regras de processo e julgamento. Não foi editada nova lei a definir os parâmetros da atual Constituição, havendo, em face dessa realidade, a recepção em grande parte da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, já modificada em alguns dispositivos pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000.

No que concerne ao procedimento do julgamento do Presidente da República por esses crimes, podemos assentar que é ele bifásico, havendo um juízo de admissibilidade e o julgamento efetivo do delito.

A admissão da acusação é de competência da Câmara dos Deputados, que o fará por maioria de dois terços de seus membros (art. 86 da CF). Vencida essa fase, será competente para o julgamento o Senado Federal (art. 52, I, da CF), presidindo a sessão de julgamento o Presidente do Supremo Tribunal Federal (parágrafo único do art. 52 da CF), limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (parágrafo único do art. 52 da CF), ficando suspenso de suas funções após a instauração do processo pelo Senado Federal (art. 86, § 1º, II, da CF). Essa suspensão durará por no máximo cento e oitenta dias, após o que o Presidente reassumirá suas funções, com o processo em curso (art. 86, § 2º, da CF).

Quantos aos **crimes comuns** relacionados com o exercício do cargo, haverá outra conformação.

Primeiro deve-se entender que a “expressão ‘crime comum’, conforme posicionamento do STF, abrange ‘todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais, alcançando até mesmo os crimes contra a vida e as próprias contravenções penais”[1425]. Obviamente, nesse conceito estará abarcado também o crime militar, uma vez que a expressão em relevo, embora focada no bem jurídico tutelado, apenas surge da contraposição desses crimes àquelas infrações penais classificadas como crimes de

responsabilidade.

Nessas infrações, a exemplo das anteriores, também deve haver a admissão da acusação pela Câmara dos Deputados, por maioria de dois terços (art. 86 da CF), sendo, contudo, competente para o julgamento o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *b*, da CF), ficando o Presidente suspenso de suas funções assim que o Supremo receber a denúncia ou a queixa-crime (art. 86, § 1º, I, da CF). Essa suspensão durará por no máximo cento e oitenta dias, após o que o Presidente reassumirá suas funções, com o processo em curso (art. 86, § 2º, da CF). Condenado, além das penas cominadas ao delito, por via reflexa, o Presidente da República também perderá o cargo em razão da condenação definitiva, por força da suspensão de direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação (art. 15, III, da CF).

Nesse contexto, um cidadão comum levar o Presidente da República a um questionamento judicial em busca da exceção da verdade, de fato, aparenta ser inadequado.

Mas será que essa situação pode alijar o direito a uma defesa plena? Também não estaria essa vedação relativizada pelo inciso LV do art. 5º da Constituição Federal?

Entendemos que sim, aliás, como também o faz Rogério Greco:

"Certo é que aquele que não tem legitimidade para tanto não poderá levar o Presidente da República, por exemplo, ao banco dos réus, invertendo os polos da relação processual anteriormente formulada com o início da ação penal relativa ao delito de calúnia no qual o Presidente da República figurava como vítima.

(...)

Nesse caso, a solução seria permitir, mesmo que tão somente em sede de defesa, a comprovação do crime que se atribui ao Presidente da República ou ao chefe de governo estrangeiro. Uma vez comprovada a prática do delito, o agente deverá ser absolvido na ação penal relativa ao crime de calúnia; não tendo sucesso nessa comprovação, a condenação será imposta, se ficar

comprovado que sabia da falsidade dos fatos por ele imputados à vítima, tidos como criminosos”**[1426]**.

Verificada a prática de delito pelo Presidente da República, deverá ser observada sua irresponsabilidade relativa, conforme acima exposto.

Por fim, estará excluída a possibilidade de *exceptio veritatis* se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível. Este, em nossa visão, o único dispositivo recepcionado pelo ordenamento constitucional, isso em respeito ao princípio de não lesão à coisa julgada, em alinho ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal.

O art. 218 do CPM traz uma causa especial de aumento de pena, segundo a qual as penas dos crimes de calúnia, de difamação, de injúria e de injúria real serão aumentadas de um terço quando esses crimes foram praticados contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, contra superior, contra militar, ou funcionário público civil, em razão das suas funções ou na presença de duas ou mais pessoas, ou de inferior do ofendido, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

Ao majorar a pena do crime cometido contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro (entenda-se, também, chefe de Estado), o legislador penal militar considerou o relevo dessas funções, caracterizadas como de mandatários maiores de nações. Ao contrário da vedação da exceção da verdade quanto à calúnia contra essas pessoas, parece ter caminhado bem a lei penal castrense, como a comum, ao considerar mais reprovável essa conduta, que poderá, por exemplo, se perpetrada contra chefe de governo estrangeiro, abalar as relações diplomáticas de um país com o Brasil. No Código Penal comum, nesse caso, a ação penal se processa mediante requisição do Ministro da Justiça, o que não ocorre no Código Penal Militar, em que o crime é de ação penal pública incondicionada.

A prática dos crimes contra a honra de superior também merece reprovação maior, porquanto é conduta extremamente indisciplinada. Superior, na concepção que lhe dá o Código Penal Militar, compreende o superior hierárquico e o superior funcional, nos termos do art. 24 do CPM. Deve-se ter cuidado com a diferenciação deste delito em relação ao de desrespeito a

superior, capitulado no art. 160 do CPM. Primeiro, no desrespeito a superior, a presença de outro militar é elemento típico, o que não ocorre na calúnia, com pena majorada por ser contra superior. Ademais, naquele delito, a afronta do subordinado se dá à relação hierárquica, buscando atingir a autoridade do superior, enquanto aqui a subsunção se satisfaz com a imputação falsa de fato considerado crime, aviltando a honra da pessoa que, nas circunstâncias fáticas, trata-se de superior.

Na majorante do crime praticado contra militar, ou funcionário público civil, em razão das suas funções, a lei exige a imputação de um fato tido como crime, sabendo o autor que a imputação é falsa, devendo o fato estar abarcado por período em que o militar ou o funcionário público estava desempenhando suas funções, como o caso de um militar do Estado que calunia um servidor da Justiça Militar que foi citá-lo no interior do quartel, imputando-lhe falsamente a prática de um crime contra a Administração Pública (concussão, p. ex.) durante o ato de citação. Ao falar em militar, por compreensão do art. 22 do CPM, ainda mais ao exigir exercício de função, a lei penal militar refere-se a militar da ativa, somente nesse caso podendo incidir a majorante. No Código Penal comum, no caso de vítima funcionário público, a ação penal se processa mediante requisição do Ministro da Justiça (parágrafo único do art. 145 do CP), o que não ocorre no Código Penal Militar, em que o crime é de ação penal pública incondicionada.

Por fim haverá a majoração se o ato é praticado na presença de duas ou mais pessoas, ou de inferior do ofendido, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria, o que se justifica pela potencial elevação do dano à honra do sujeito passivo, seja pelo fato de mais pessoas terem acesso ao fato, seja pela fragilização da hierarquia quando um inferior presencia o ato – e aqui não se exige mais de um inferior presenciando – ou pela maior possibilidade de a ação injuriosa, caluniosa etc. ganhar fluxo e alcançar mais notoriedade.

O parágrafo único do art. 218 do CPM traz outra causa especial de aumento de pena: se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro, se o fato não constitui crime mais grave, lembrando-se que *paga* significa pagamento antecipado de um

valor[1427], ou seja, como contrapartida para a prática do ato que aviltou a honra, enquanto a *recompensa* consiste na garantia de futuro pagamento ou vantagem pela prática do ato.

O art. 220 do Código Penal Militar, de forma semelhante ao que dispõe o art. 142 do Código Penal comum, consigna que não constituirá ofensa punível, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar, difamar ou caluniar, aquela *irrogada em juízo, na discussão da causa, por uma das partes ou seu procurador contra a outra parte ou seu procurador* (inciso I), aquela consistente em *opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica* (inciso II), aquela referente *a apreciação crítica às instituições militares, salvo quando inequívoca a intenção de ofender* (inciso III) e aquela consistente em *conceito desfavorável em apreciação ou informação prestada no cumprimento do dever de ofício* (inciso V).

Trata-se de exclusão de crime por inexistência do dolo de macular a honra do ofendido, havendo também quem considere como causas de exclusão da ilicitude[1428].

No primeiro caso – ofensa *irrogada em juízo, na discussão da causa, por uma das partes ou seu procurador contra a outra parte ou seu procurador* –, em princípio, não há o *animus* de prática do crime contra a honra, e sim o *animus defendendi*, ou seja, a intenção de, no calor dos debates, defender-se, já que a lei se refere às *partes*, ou defender o outorgante de uma procuração, neste caso em função da expressão "ou seu procurador". Ademais, ao consignar "parte", a norma exclui a tipicidade subjetiva (ou antijuridicidade, para alguns) não só da defesa, mas de qualquer parte no processo, como o autor e o réu no processo civil (ou seus procuradores), o representante do Ministério Público ou o réu (ou seu procurador) no processo penal etc. À evidência, a exclusão aqui capitulada deve ser restrita à atuação judicial, excluindo-se casos ocorridos em inquéritos, processos administrativos etc. Todavia, como o crime exige o dolo específico no sentido de conspurcar a honra, se demonstrada a intenção de defender o cliente, é possível o afastamento do elemento subjetivo fora da estrita hipótese consignada na lei.

Claro que se evidente a intenção de aviltar a honra, a previsão em

comento não incidirá, quando deveria o agente responder pelo delito. Contudo, no caso específico dos procuradores, deve-se lembrar as imunidades dos advogados, já esmiuçadas na Parte Geral, das quais faremos breve resumo.

A Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), em seu art. 7º, traz, ao lado de uma série de prerrogativas do exercício profissional, algumas garantias que podem muito bem ser compreendidas como imunidades.

A que nos interessa neste ponto é a imunidade material para alguns crimes de opinião, uma verdadeira inviolabilidade para, nos exatos termos do § 2º do art. 7º, os crimes de injúria, difamação ou desacato, não alcançando os demais crimes. Como já vimos, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a previsão do dispositivo em relação ao crime de desacato (ADIn 1.127), remanescendo, no entanto, a inviolabilidade para os crimes de injúria e desacato.

Assim, pode-se afirmar que, mesmo fora da previsão do art. 220 do CPM, com inequívoca intensão de ofender a honra, se o delito for de injúria ou de difamação, haverá imunidade material para o advogado, ainda que haja evidência da intenção de aviltar a honra. Por outro giro, havendo delitos de calúnia e de desacato, inclusive os de desacato a superior e a militar de serviço, o advogado poderá praticar tais delitos.

A propósito das imunidades, também é importante que sejam avaliadas as imunidades parlamentares e do Presidente da República, para o que remetemos o leitor aos comentários à Parte Geral, quando tratamos da aplicação da lei penal militar.

Também não ocorrerá o delito, por ausência do elemento subjetivo (ou por exclusão da ilicitude, para alguns), quando consistir em *opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica*. Sobre essa possibilidade, ensina Mirabete:

"Também há excludente na opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, em que se interessa o interesse da cultura, estando o autor da obra (ator, pintor, escritor etc.) exposto ao risco da crítica (risco profissional).

Só há crime, portanto, na hipótese de ser inequívoca a intenção do agente em ofender (...)"**[1429]**.

Com efeito, a ofensa versada com moderação, afeta aos limites da avaliação literária, científica etc., não comporta o *animus injuriandi vel diffamandi*.

Também afasta o Código Penal Militar a ofensa referente *a apreciação crítica às instituições militares, salvo quando inequívoca a intenção de ofender*. Deve-se lembrar que se a crítica for pública, dirigida a ato de seu superior ou sobre assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do governo, poderá ser configurado o delito de crítica indevida (art. 166 do CPM).

Finalmente, a ofensa consistente em *conceito desfavorável em apreciação ou informação prestada no cumprimento do dever de ofício*, salvo a inequívoca intenção de ofender, não constituirá delito contra a honra, por ausência do dolo de macular a honra (objetiva ou subjetiva), como na avaliação de desempenho, conceito para a promoção etc.

Apesar da exclusão do crime (por atipicidade subjetiva ou exclusão da antijuridicidade) nos casos da ofensa ocorrida na discussão da causa (inciso I do art. 220 do CPM) e naquela proferida como conceito desfavorável em apreciação ou informação prestada no cumprimento do dever de ofício (inciso I do art. 220 do CPM), por previsão do parágrafo único do art. 220 do CPM, aquele terceiro que der publicidade à ofensa responderá pelo delito.

O art. 221 do CPM trata da *equivocidade da ofensa*, dispondo que se *a ofensa é irrogada de forma imprecisa ou equívoca, quem se julga atingido pode pedir explicações em juízo. Se o interpelado se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa.*

Em outros termos, em caso de dubiedade, não sendo evidente a ofensa, poderá haver o pedido de explicações em juízo pelo ofendido, como ato preparatório para a ação penal. Essa dubiedade, em nossa opinião, pode surgir tanto em relação ao conteúdo da ofensa, como palavras com duplo sentido, como acerca do elemento subjetivo, ou seja, se houve de fato a intenção de aviltar a honra.

Frise-se que essa possibilidade ocorre como preparação para a ação penal, ou seja, ainda não foi oferecida e recebida a denúncia pelo crime contra a honra, podendo ou não haver inquérito policial militar em curso, já que a norma é omissa.

Nesse sentido, comentando o dispositivo correlato do Código Penal (art. 144), Bitencourt, com acerto, diz:

"A 'interpelação judicial' é providência de natureza cautelar, destinada a *preparar a futura ação penal*. O ofendido, ao formulá-la, postula em tutela penal-cautelar, objetivando esclarecer situações equívocas, ambíguas ou dúbias, buscando viabilizar o *exercício de futura ação penal (g. n.)*"**[1430]**.

A mesma compreensão deve ser dada ao dispositivo do art. 221 do CPM, ou seja, trata-se de tutela penal-cautelar, preparatória da ação penal. Mais ainda, sua iniciativa cabe àquele que se julgou ofendido pela equívoca ofensa.

Todavia, compreender dessa forma – frise-se, na nossa opinião, a única possível – é também ressaltar a incongruência da medida no Direito Penal Militar, restando-nos a conclusão de que houve uma cópia malversada do Código Penal comum.

Melhor explicando, no Código Penal comum, a previsão da interpelação judicial (art. 144 do CP) faz todo sentido, porquanto, em regra, o crime comum contra a honra é de ação penal privada, sendo esse instituto uma forma de evidenciar ao potencial e futuro querelante se houve ou não ofensa à honra, por isso o pedido deve partir dele, e não ser desencadeado de ofício pelo juiz ou promovido pelo representante do Ministério Público.

Estranha, no entanto, existir a mesma previsão no Código Penal Militar, em que os delitos são de ação penal pública incondicionada, valendo dizer que se a ofensa for equívoca para o sujeito passivo, mas inequívoca para o Ministério Público, poderá haver a denúncia da mesma forma, iniciando-se a ação penal com seu recebimento. Pior ainda, pela previsão estrita do art. 221 do CPM, a iniciativa é do suposto ofendido, que nem sequer tem domínio sobre a ação penal militar, vedando-se, ao nosso ver, que haja a provocação dessa cautelar pelo Ministério Público ou desencadeada de ofício pelo juiz.

Seja como for, há a previsão no Código Penal Militar, o que nos obriga a tentar interpretá-la, o que passaremos a fazer com imensa dificuldade para encontrar lógica.

Entendemos que essa situação pode dar-se em duas possibilidades: interpelação judicial pelo suposto ofendido sem procedimento apuratório instaurado (IPM, p. ex.); interpelação judicial pelo suposto ofendido com procedimento apuratório instaurado (IPM, p. ex.).

No primeiro caso, teríamos a hipótese em que um militar da ativa, por exemplo, versa uma ofensa contra outro militar da ativa, contudo, não houve a instauração de IPM (ou outro procedimento) para a apuração do fato, e o ofendido, com base na alínea *e* do art. 10 do CPPM, tem a intenção de requerer a instauração do IPM, mas não tem certeza da ofensa. Diante dessa equivocidade, por petição endereçada ao juízo militar irá pleitear a interpelação judicial.

No momento das explicações em juízo, que deve ocorrer em audiência preliminar à ação penal**[1431]**, na qual estarão presentes o ofendido, o autor do fato, o representante do Ministério Público e o juiz (sem a instalação do Conselho, pois ainda não houve recebimento da denúncia), a providência subsequente dependerá do comportamento do suposto autor do fato. Caso o autor compareça e se explique satisfatoriamente, o ofendido e o juiz poderão entender que não houve a ofensa, mas esse entendimento não vinculará o Ministério Público, que poderá, por exemplo, oferecer a denúncia com base na ata da audiência, dispensando a instauração de IPM, com base no art. 28, alínea *b*, do CPPM, ou, com base na alínea *c* do art. 10 do mesmo diploma, requisitar a instauração de IPM para a apuração do fato. Claro, se houver convencimento do representante do *Parquet* sobre a ausência de ofensa, não promoverá a ação penal nem a instauração de IPM, e o fato não sofrerá a persecução penal por não se tratar de crime.

Agora, se o suposto ofensor não comparecer à audiência, ou comparecer e se recusar a dar explicações, ou as der de forma ainda não completa, ou seja, ainda insatisfatoriamente, a persecução criminal terá seu curso, seja pelo requerimento do ofendido para a instauração de IPM, seja por requisição do Ministério Público também nesse sentido ou, finalmente, para

aqueles que entendam viável, por requisição da própria autoridade judiciária, por aplicação analógica do inciso II do art. 5º do Código de Processo Penal comum. Poderá ainda, como fruto dessa audiência, haver o oferecimento da denúncia se, por exemplo, o promotor entender que as insatisfatórias explicações chegam a ofender o sujeito passivo, dispensando o IPM nos termos do art. 28, *b*, do CPPM.

Curioso notar que, pela estrita previsão do art. 221 do CPM, quem verifica se as explicações foram satisfatórias é o juiz, e não o Ministério Público; outra impropriedade, na nossa opinião, já que o *dominus litis* é o Ministério Público. A propósito dessa previsão também existente no art. 144 do CP, Bitencourt, arrimado em Damásio de Jesus, mais uma vez com precisão cirúrgica, nos ensina:

"(...) Com acerto, manifesta-se a respeito Damásio de Jesus, firmando que 'sua segunda parte dá a entender que se o pretenso ofensor se recusa a dar explicações em juízo, ou as dá insatisfatoriamente, o juiz pode condená-lo no processo do pedido. Isso, porém, não ocorre'. De fato, isso não ocorre; inclusive, o interpelado pode recusar-se a prestar explicações ou prestá-las insatisfatoriamente, e nem por isso poderá, por si só, ser considerado culpado; caso contrário teríamos aí um novo tipo penal implícito: '*Não prestar explicações em juízo ou prestá-las de forma insatisfatória*'! *À evidência, isso não existe, pois deixar de prestar as explicações em juízo, solicitadas, ou prestá-las de forma insatisfatória, apenas autorizará o recebimento da preambular na ação penal (queixa ou denúncia, conforme o caso). Durante a instrução criminal é que se deverá provar a existência ou inexistência de crime, e dessa instrução é que se extrairá o resultado final, condenatório ou absolutório*"**[1432]**. (g. n.)

Perfeitas as lições do autor também para o Direito Penal Militar, valendo dizer que a compreensão do juiz acerca das explicações será um argumento a mais no recebimento ou não da denúncia – não da queixa-crime, já que tratamos de delito de ação penal pública incondicionada, como é a regra no CPM.

A segunda possibilidade da interpelação judicial antes da ação penal, como acima bifurcamos, está no pedido, mas quando já haja procedimento de polícia judiciária instaurado (IPM). Nesse caso, menor ainda a relevância do

pedido de explicações, já que com o procedimento apuratório findo, havendo ou não a audiência, sejam ou não satisfatórias as explicações, convencendo-se ou não o juiz da verossimilhança da ofensa, o representante do *Parquet* será livre na formação da *opinio delict,* servindo a interpelação apenas para reforçar os argumentos da denúncia ou da promoção de arquivamento, ou, futuramente, para o recebimento ou não da denúncia, como pontuou acima Bitencourt, obviamente se esta for oferecida.

Em suma, repetimos: o art. 221 do CPM trata-se de uma malversada cópia da legislação penal comum, sem muita relevância para o processo penal militar, exceto como simples elemento de convicção dos seus atores. Apesar disso, por haver previsão expressa da interpelação judicial no CPM, assiste razão a Jorge César de Assis ao dispor que "é inadmissível que o Juiz indefira, *in limine*, o pedido de explicações..."**[1433]**.

Por derradeiro, deve-se distinguir o delito em estudo daquele previsto no art. 343 do Código Penal Militar, que tipifica a denunciação caluniosa. Doutrinariamente, entende-se que o crime de denunciação caluniosa absorve o crime de calúnia.

Acerca do conflito aparente entre os delitos supracitados, embora no Direito Penal comum mas com perfeita aplicação ao Direito Penal Militar, conveniente citar as lições de Rogério Greco:

"Para que ocorra a calúnia, basta que ocorra a imputação falsa de um fato definido como crime; para fins de configuração da denunciação caluniosa (art. 339 do CP), deve ocorrer a imputação de crime a alguém que o agente sabe inocente, sendo fundamental que o seu comportamento dê causa à instauração de investigação policial (...).

A calúnia, concorrendo com a denunciação caluniosa, é por esta absorvida. (...)"**[1434]**.

Nessa mesma linha, Bitencourt assevera:

"A denunciação caluniosa absorve a calúnia, pelo princípio da consunção, e dela se distingue, porque naquela a imputação falsa de fato definido como crime é levada ao conhecimento da autoridade, motivando a instauração

de investigação policial ou de processo judicial”[1435].

• **Elemento subjetivo:** o crime de calúnia somente pode ser perpetrado a título de dolo, devendo, ademais, ser dirigido à intenção de conspurcar a honra da pessoa (*animus caluniandi*), constituindo um elemento subjetivo específico. O ânimo de defesa, brincadeira etc. afasta o elemento subjetivo dos delitos contra a honra.

Nesse sentido, aduz Mirabete:

“Tem-se exigido também a consciência e vontade de atingir a honra do sujeito passivo (*animus injuriandi vel difamandi*), denominado de dolo específico. Fica excluído o crime se houver *animus jocandi* (de gracejar, caçoar), *animus narrandi* (de relatar singelamente o fato), *animus defendendi* (de se defender em processo), *animus corrigendi vel disciplinandi* (no exercício do pátrio poder, tutela etc.), *animus consulendi* (na liberdade de crítica ou no dever de informar, dar parecer), *animus criticandi* (referente à crítica justa e não maliciosa) etc. Tem-se reconhecido a inexistência do crime também quando se trata de comportamento praticado em momento de exaltação emocional ou no calor de uma discussão”[1436].

No plano jurisprudencial, há reiteradas decisões também nesse sentido. Tome-se, do Superior Tribunal de Justiça, a Ação Penal Originária n. 198/RO, julgada em 24 de abril de 2003, relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, cuja ementa da decisão se transcreve:

“AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – CALÚNIA – EXPRESSÕES SUPOSTA-MENTE OFENSIVAS EM PEÇA PROCESSUAL – *ANIMUS DEFENDENDI* – QUEIXA-CRIME REJEITADA.

Para que configure o crime de calúnia faz-se necessário tenha o agente agido com o fim de ofender.

Não age dolosamente quem é impelido pelo propósito de esclarecimento e de defesa das acusações anteriormente sofridas.

Queixa-crime rejeitada”.

Mais recentemente, da mesma Corte, veja-se o *Habeas Corpus* n. 113000/RS, julgado em 12 de maio de 2009, relator o Ministro Jorge Mussi, cuja ementa da decisão também se transcreve:

"*HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA PROFERIDA POR ADVOGADA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO NO CURSO DE PROCESSO PREVIDENCIÁRIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE DE PROFUNDA ANÁLISE DA PROVA PARA SE CONSTATAR A INEXISTÊNCIA DE DOLO DA AGENTE. *ANIMUS NARRANDI* E/OU *DEFENDENDI* EVIDENCIADO. ATIPICIDADE DO ATO IMPUTADO À PACIENTE. FALTA DE JUSTA CAUSA À PERSECUÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. O trancamento de ação penal, em sede de *habeas corpus*, somente deve ser acolhido se restar, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, de ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito e ainda de atipicidade da conduta.

2. Se os fatos que deram azo ao processo-crime estão impregnados de *animus narrandi* e/ou *defendendi* e apresentam-se em total consonância com o relatado pelos clientes da paciente, tanto nas declarações que prestaram quanto nos depoimentos de suas testemunhas perante a autoridade judicial, resta evidenciada a ausência de dolo por parte da advogada, que simplesmente agiu no exercício regular de seu direito, que era defender seus constituintes.

3. Não pode ser imputado o delito de calúnia à paciente que apenas cumpriu o seu dever de ofício, ao indicar atos que, se falsos, decorreram de depoimentos prestados por terceiros, pois a advocacia constitui um múnus público e faz parte da administração da justiça, não devendo seus representantes passar pela vexatória situação de envolvimento indevido em processos criminais, em forçada colocação de autoria de crime contra a honra, decorrente de depoimentos de testemunhas e clientes.

4. Ordem concedida para trancar a ação penal".

Também essa a visão do Supremo Tribunal Federal, como se extrai do Recurso em *Habeas Corpus* n. 66.701/SP, julgado pela Primeira Turma, em 4 de

outubro de 1988, relator o Ministro Francisco Rezek:

"*Habeas corpus*. Crime contra a honra. Ausência de justa causa. A patente inexistência de *animus caluniandi* no contexto da narrativa inflamada, trazida a juízo, faz ver ausente a justa causa para o prosseguimento da ação penal. Recurso provido".

A embriaguez voluntária, por outro bordo, não tem sido apta a afastar o delito contra a honra na compreensão do Direito Penal Militar. Nesse sentido, por todos, *vide* a Apelação Criminal n. 5873/08 (Feito n. 47.937/07, 3ª Auditoria), julgada em 29 de outubro de 2009, em que a Segunda Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, sob relatoria do Juiz Paulo Prazak, decidiu:

"Incorre no crime de *injúria* o policial militar que dirige a oficial em serviço palavras desrespeitosas, ofendendo-o. A embriaguez voluntária é incapaz de afastar a responsabilidade penal do agente".

• **Consumação:** o delito se consuma quando terceiro toma conhecimento da ofensa feita pelo autor.

• **Tentativa:** possível se a ofensa for realizada por escrito e interceptada antes de chegar a seu destino.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM, diversamente do Código Penal comum, que, em seu art. 145, dispõe que o crime se processa, em regra, mediante queixa-crime (crime de ação penal privada).

5.2. Difamação

• **Tipo legal**

Art. 215. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se a ofensa é relativa ao exercício da função pública, militar ou civil, do ofendido.

• **Objetividade jurídica:** Este dispositivos tutela, como orienta o próprio capítulo, a incolumidade moral, a *honra objetiva* da pessoa, ou seja, a sua reputação diante de terceiros, arrimado também, a exemplo da calúnia, no inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

Atente-se para o fato de que, com uma mesma conduta, o autor pode atingir a honra *subjetiva* e a honra *objetiva* do imputado, de sorte que é perfeitamente possível o concurso de infrações penais de injúria e de difamação.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta da Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF)**[1437]**.

O sujeito passivo é o titular do bem jurídico aviltado, ou seja, a pessoa contra a qual se propalou a difamação.

Não entendemos, a exemplo do que dispusemos nos comentários ao delito de calúnia, ser possível o preenchimento da sujeição passiva por pessoa jurídica, já que, em tese, o que se tutela é a honra da pessoa natural. Essa parece ser, embora não unânime, a visão doutrinária e jurisprudencial mais coerente.

Nesse sentido, no plano doutrinário, *vide* o que expõe Mirabete ao discorrer sobre o crime comum de difamação:

"Sujeito passivo é qualquer pessoa, inclusive menores e doentes mentais, como no crime de calúnia. Referindo-se a lei, no tipo penal, a *alguém*, e estando a calúnia entre os 'crimes contra a pessoa', o entendimento é de que não

é abrangida pelo Código a difamação contra a pessoa jurídica, que, em tese, pode ocorrer quando uma pessoa imputa fato ofensivo à reputação (honra objetiva) do ente coletivo. Há crime de difamação, porém, quando a ofensa atinge pessoalmente dirigentes da pessoa jurídica. A imputação do crime de difamação contra pessoa jurídica no que tange aos crimes de imprensa, que não o exclui expressamente, referindo até ao crime contra órgão que exerce autoridade pública. Não é possível, entretanto, difamação impessoal contra as instituições, direito assegurado pelo art. 5º, IV e IX, da CF (...)"**[1438]**.

Como se percebe, na visão do autor, com a qual comungamos, não é possível crime de calúnia contra pessoa jurídica quando a ofensa é impessoal, sem citar, por exemplo, o dirigente de um órgão, à exceção do crime contra a honra capitulado na Lei de Imprensa, o que, frise-se, na atualidade se torna impossível (não quando do comentário profícuo de Mirabete), em razão de a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9-2-1967) ter sido considerada inconstitucional em sua plenitude pelo Supremo Tribunal Federal, por força do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130, julgada em 27 de fevereiro de 2008, sob relatoria do Ministro Carlos Britto.

Por honestidade ao debate, no entanto, deve-se consignar que, como acima assinalado, essa construção não é pacífica, havendo doutrinadores, dos quais discordamos, que entendem possível a perpetração do crime de difamação contra pessoa jurídica. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt:

"Contudo, modernamente, vai-se ampliando a corrente que admite a possibilidade de a pessoa jurídica também ser *sujeito passivo* de crimes contra a honra. Vários diplomas legais atribuem essa possibilidade; recordem-se os seguintes: o Decreto n. 4.776, de 1º de outubro de 1942, considerou 'a Nação, o Governo, o regime e as instituições' como vítimas dos crimes de calúnia e injúria"**[1439]**.

Na mesma linha, *vide* Rogério Greco, ao dispor que "da mesma forma, qualquer pessoa pode ser considerada sujeito passivo do delito em estudo, não importando se pessoa física ou jurídica"**[1440]**.

No plano jurisprudencial, é bem clara a decisão da Quinta Turma do

Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial (REsp) n. 493.763/SP (2002/0166837-8), julgado em 26 de agosto de 2003, sob relatoria do Ministro Gilson Dipp:

"CRIMINAL. RESP. DIFAMAÇÃO. SUJEITO PASSIVO. PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – A jurisprudência desta Corte, sem recusar à pessoa jurídica o direito à reputação, é firmada no sentido de que os crimes contra a honra só podem ser cometidos contra pessoas físicas.

II – Eventuais ofensas à honra das pessoas jurídicas devem ser resolvidas na esfera cível.

III – Recurso desprovido".

Mais recentemente, a mesma Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento (AgRg no Ag) n. 672.522/PR (2005/0057902-0), julgado em 4 de outubro de 2005, sob relatoria do Ministro Felix Fischer, decidiu:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DIFAMAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. C. PENAL. SÚMULA 83-STJ.

Pela lei em vigor, pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo dos crimes contra a honra previstos no C. Penal. A própria difamação, *ex vi legis* (art. 139 do C. Penal), só permite como sujeito passivo a criatura humana. Inexistindo qualquer norma que permita a extensão da incriminação, nos crimes contra a pessoa (Título I do C. Penal) não se inclui a pessoa jurídica no polo passivo e, assim, especificamente (Cap. IV do Título I), só se protege a honra das pessoas físicas. (Precedentes). Agravo desprovido".

• **Elementos objetivos:** o núcleo do tipo penal militar em estudo, que possui correlata previsão no art. 139 do CP comum, é *difamar*, ou seja, imputar ao sujeito passivo fato que ofende a sua reputação, sua honra objetiva. Traduz-se, em outros termos, pela atribuição de um acontecimento certo e determinado (fato), mesmo que não haja muitos detalhes, mas o suficiente para que seja individualizado, o qual pode ou não ser verdadeiro.

Nessa imputação pode ser incluída, para preencher o tipo penal, a acusação de prática de contravenção penal, não cabível no delito de calúnia, como vimos.

A exceção da verdade, já estudada no delito de calúnia (art. 214 do CPM), só pode ser invocada, nos termos do parágrafo único do art. 215 do CPM, se a difamação for referente ao exercício de função pública por parte do ofendido. Nesse caso, o autor da difamação poderá provar que o fato que divulgou a terceiro é verdadeiro e se eximir de responsabilidade penal.

Por outro bordo, fala-se em exceção da notoriedade do fato no delito de difamação, ou seja, a possibilidade de que a existência de um fato público e notório possa favorecer o autor, visto que não se justificaria punir alguém quando reproduz um fato do conhecimento de todos. É preciso ver essa questão com muita parcimônia, partindo da premissa de que a ninguém é dado o direito de conspurcar a honra de outra pessoa. Ademais, a detecção da notoriedade de um fato, em alguns casos, pode ser muito complexa, fugindo à certeza do aplicador do Direito Penal Militar. Todavia, em casos de inequívoca notoriedade, parece-nos adequado o entendimento de Bitencourt, que, inicialmente, posiciona-se contra o reconhecimento da notoriedade, mas, ao final, sugere:

"No entanto, muito excepcionalmente, a desonra do imputado pode ser tanta, tão generalizada e a destruição moral ser tão devastadora, como no famoso exemplo do Ébrio de Vicente Celestino, que a notoriedade pode representar a *insignificância da ofensa* e, como tal, excluir a tipicidade da imputação"**[1441]**.

Com efeito, ainda que público e notório o fato imputado, há sim uma ofensa à honra do imputado. Contudo, caso a nova imputação signifique a "gota no oceano", ou seja, uma ofensa que não traga relevante acréscimo ao desprestígio do imputado que já tenha a sua honra objetiva extremamente deteriorada, no caso concreto, o juiz, por exemplo, poderá entender por insignificante a conduta, concluindo pela atipicidade do fato. Frise-se ser essa conclusão uma exceção à regra geral de que a imputação de fato já conhecido por todos constitui ofensa penalmente relevante.

Mais uma vez, deve-se observar o disposto no art. 218 do CPM, que traz uma causa especial de aumento de pena para o crime de difamação,

majorando-se a pena em um terço quando o crime for praticado contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, contra superior, contra militar, ou funcionário público civil, em razão das suas funções ou presença de duas ou mais pessoas, ou de inferior do ofendido, ou por meio que facilite a divulgação da difamação.

O parágrafo único do mesmo artigo traz outra causa especial de aumento de pena: se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro, se o fato não constitui crime mais grave.

Essas causas especiais de aumento de pena já foram objeto de estudo quando dos comentários ao crime capitulado no art 214 do CPM (calúnia); rogamos ao leitor que os consulte.

O art. 220 do Código Penal Militar, de forma semelhante ao que dispõe o art. 142 do Código Penal comum, consigna que não constituirá ofensa punível, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar, difamar ou caluniar, aquela *irrogada em juízo, na discussão da causa, por uma das partes ou seu procurador contra a outra parte ou seu procurador* (inciso I), aquela consistente em *opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica* (inciso II), aquela referente *a apreciação crítica às instituições militares, salvo quando inequívoca a intenção de ofender* (inciso III) e aquela consistente em *conceito desfavorável em apreciação ou informação prestada no cumprimento do dever de ofício* (inciso V).

Trata-se de exclusão de crime por inexistência do dolo de macular a honra do ofendido, havendo também quem considere como causas de exclusão da ilicitude[1442].

Vide nossos comentários ao artigo anterior, em que discorremos sobre cada um dos incisos do art. 220 do CPM.

Também se aplicam aqui o disposto nos arts. 220 e 221 do Código Castrense, razão pela qual indicamos a leitura de nosso comentários a esses artigos quando tratamos do crime anterior.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e

consciente de ofender a pessoa, ou seja, exige-se o dolo específico (elemento subjetivo do injusto) de querer atingir a honra da pessoa (*animus injuriandi vel difamandi*), excluindo-se, a exemplo do delito de calúnia, o *animus jocandi*, o *animus narrandi*, o *animus defendendi*, o *animus corrigendi vel disciplinandi*, o *animus consulendi*, o *animus criticandi* etc.

A embriaguez voluntária, por outro bordo, não tem sido apta a afastar o delito contra a honra na compreensão do Direito Penal Militar. Nesse sentido, por todos, *vide* a Apelação Criminal n. 5873/08 (Feito n. 47.937/07, 3ª Auditoria), julgada em 29 de outubro de 2010, em que a Segunda Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, sob relatoria do Juiz Paulo Prazak, decidiu: "Incorre no crime de *injúria* o policial militar que dirige a oficial em serviço palavras desrespeitosas, ofendendo-o. A embriaguez voluntária é incapaz de afastar a responsabilidade penal do agente".

• **Consumação:** o delito se consuma quando terceiro toma conhecimento da ofensa propalada pelo autor.

• **Tentativa:** a tentativa mostra-se possível se a ofensa for realizada por escrito e interceptada antes de chegar a seu destino.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM, diversamente do Código Penal comum, que, em seu art. 145, dispõe que o crime se processa, em regra, mediante queixa-crime (crime de ação penal privada).

5.3. Injúria

• **Tipo legal**

Art. 216. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – detenção, até seis meses.

• **Objetividade jurídica:** Tutela-se, como orienta o próprio capítulo, a incolumidade moral, a *honra subjetiva* da pessoa, ou seja, o conceito que a pessoa possui de si própria, a sua autovaloração, que pode ser afetada por uma conduta externa, tutela essa arrimada no inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais para julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF)**[1443]**.

Nos crimes contra a honra, não vemos restrições para que o inativo possa ser sujeito ativo do delito, desde que preenchidas as exigências do inciso III do art. 9º do CPM. Entretanto, essa visão, cumpre-nos alertar, não é uníssona, havendo divergências, como no julgado da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* n. 125.582/SP (2008/0283914-7), julgado em 27 de abril de 2010, sob relatoria do Ministro Celso Limongi:

"*HABEAS CORPUS*. CRIME PRATICADO POR POLICIAL MILITAR REFORMADO. INJÚRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. VÍTIMAS TAMBÉM POLICIAIS ESTADUAIS. FUNÇÃO POLICIAL DE NATU-REZA CIVIL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A competência, na espécie, delito de injúria, é da Justiça Comum, porquanto o delito foi imputado a policial militar reformado, sujeito ativo, tendo como sujeito passivo dois policiais militares. Como não se trata de crime militar propriamente dito, quer pela qualidade do sujeito ativo, policial militar reformado – quer pela qualidade do sujeito passivo – dois policiais militares estaduais – em policiamento de trânsito, função de natureza civil, não há razão para declarar

competente a Justiça Castrense.

2. Ordem concedida".

Note-se que, mais uma vez, por conta de uma herança do que se dispunha na já superada Súmula 297 do Supremo Tribunal Federal, o julgado acima ainda considerou o policiamento de trânsito atividade de natureza civil, o que nos parece equivocado, com o devido respeito, porquanto o policiamento de trânsito, urbano ou rodoviário, nos termos do que dispõe o n. 27 do art. 2º do Regulamento-Geral para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), instituído pelo Decreto federal n. 88.777, de 30 de setembro de 1983, é uma espécie de policiamento ostensivo a cargo das Polícias Militares do Brasil.

O sujeito passivo é o titular do bem jurídico aviltado, ou seja, a pessoa contra a qual se propalou a injúria.

Não entendemos possível o preenchimento da sujeição passiva por pessoa jurídica, primeiro porque se trata, como visto nos dois delitos precedentes, de um crime que afeta a honra da pessoa natural e, segundo – e principalmente – porque avilta a honra subjetiva, do que é desprovida a pessoa jurídica.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta neste delito, com correlata previsão no art. 140 do CP comum, é *injuriar*, ou seja, ofender alguém, atingindo a sua dignidade ou o seu decoro. Fere-se o decoro quando se critica o conjunto de atributos físicos ("cabeçudo", "orelhudo", "extraterrestre" etc.), intelectuais ("burro", "retardado", "ignorante" etc.) e sociais ("vagabundo", "almofadinha", "bêbado" etc.), assim como se fere a dignidade quando se atinge os atributos morais ("safado", "ladrão", "estelionatário", "assassino", "matador" etc.).

Neste tipo penal não se exige a imputação de fato (acontecimento), como na calúnia e na difamação, mas sim a emissão de uma expressão ofensiva, um jargão negativo à pessoa. Não é necessário que a vítima se sinta ofendida; basta que a expressão usada seja apta a tal.

Necessário observar que no Código Penal Militar não existe a qualificadora presente no § 3º do art. 140 do CP, centrada na injúria com a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem, nada

impedindo, entretanto, que o autor responda pela forma simples do Código Penal Militar. Como exemplo, se um militar da ativa pratica o crime de injúria ressaltando ofensivamente elemento racial de outro militar da ativa, o delito a subsumir a conduta será o do *caput* do art. 216 do CPM, visto não haver a qualificadora neste *Codex*.

Também não há no Código Penal Militar a hipótese de perdão judicial prevista no § 1º do art. 140, segundo a qual o juiz pode deixar de aplicar a pena quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria ou no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. No primeiro caso, teríamos uma situação em que a vítima de injúria, por ato anterior à ofensa que sofreu, provocou, de forma reprovável, o agora autor da injúria. Na segunda hipótese, a da *retorsão imediata*, alguém injuriado inicialmente responde com outra injúria, durante a execução da primeira.

Na retorsão imediata, inequivocamente, se a segunda injúria for praticada em repulsa atual à primeira, será hipótese de legítima defesa, nem carecendo de dispositivo específico para a aplicação do perdão judicial, já que estará afastada a ilicitude. Obviamente, essa hipótese também socorre ao crime militar, embora não haja expressa previsão na Parte Especial.

No caso, entretanto, da injúria praticada em momento posterior à reprovável provocação, não ocorrendo mais a legítima defesa, entendemos, por analogia *in bonam partem*, como defendemos, aliás, para o perdão judicial nos casos de homicídio e lesão corporal culposos, que também haja a aplicação ao crime militar de injúria previsto no inciso I do § 1º do art. 140 do CPM.

Mais ainda, o perdão judicial aqui estudado pode ser aplicado, na nossa compreensão, ao caso da injúria real, a ser estudada no próximo artigo. Essa visão também tem sido defendida no Direito Penal comum, sustentando-se que o § 1º do art. 140, que trata do perdão judicial, aplica-se às hipóteses do § 2º (injúria real) e do § 3º (injúria qualificada por motivo racial)**[1444]**.

Diferentemente dos crimes de calúnia e de difamação, a injúria não admite a exceção da verdade. Essa impossibilidade é evidente porque a injúria repousa sobre a emissão de um conceito depreciativo da pessoa, e não, como na

calúnia ou na difamação, na imputação de um fato que pode ser demonstrado[1445].

Por fim, em relação ao *caput* do art. 216 do CPM, frise-se que a pena mínima para o delito é obtida por aplicação do art. 58 do CPM, na omissão da norma penal incriminadora em espécie, sendo de trinta dias de detenção.

Novamente, deve-se observar o art. 218 do CPM, que majora a pena para o crime de injúria em um terço quando o crime for praticado contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, contra superior, contra militar, ou funcionário público civil, em razão das suas funções ou na presença de duas ou mais pessoas, ou de inferior do ofendido, ou por meio que facilite a divulgação da injúria.

O parágrafo único do mesmo artigo possui outra causa especial de aumento de pena: se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro, se o fato não constitui crime mais grave.

Essas causas especiais de aumento de pena já foram objeto de estudo quando dos comentários ao crime capitulado no art 214 do CPM (calúnia); rogamos ao leitor que os consulte.

Também se aplicam ao crime de injúria o disposto nos arts. 220 e 221 do Código Castrense, razão pela qual indicamos a leitura de nossos comentários a esses artigos quando tratamos do crime de calúnia.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de ofender a pessoa, ou seja, exige-se o dolo específico (elemento subjetivo do injusto) de querer atingir a honra da pessoa (*animus injuriandi vel difamandi*), excluindo-se, a exemplo do delito de calúnia, o *animus jocandi*, o *animus narrandi*, o *animus defendendi*, o *animus corrigendi vel disciplinandi*, o *animus consulendi*, o *animus criticandi* etc.

A embriaguez voluntária, por outro bordo, não tem sido apta a afastar o delito contra a honra na compreensão do Direito Penal Militar. Nesse sentido, por todos, *vide* a Apelação Criminal n. 5873/08, transcrita nos comentários ao artigo

anterior.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o sujeito passivo – não mais um terceiro, como na calúnia e na difamação – toma conhecimento da ofensa propalada pelo autor.

• **Tentativa:** mostra-se possível se a ofensa for realizada por escrito e interceptada antes de chegar a seu destino.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM, diversamente do Código Penal comum, que, em seu art. 145, dispõe que o crime se processa, em regra, mediante queixa-crime (crime de ação penal privada).

5.4. Injúria real

• **Tipo legal**

Art. 217. Se a injúria consiste em violência, ou outro ato que atinja a pessoa, e, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considera aviltante:

Pena – detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.

• **Objetividade jurídica:** Protegem-se a honra subjetiva, a incolumidade moral e, subsidiariamente, a física da pessoa humana.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF)**[1446]**.

O sujeito passivo é o titular do bem jurídico aviltado, ou seja, a pessoa contra a qual se praticou a injúria, ainda que inimputável.

• **Elementos objetivos:** assim como no tipo penal anterior, o autor ofende moralmente o sujeito passivo, entretanto, não por palavras, escritos, gestos, desenho etc., mas sim por agressões físicas, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, são humilhantes. Bater a mão ou luva no rosto de outrem, por exemplo, já foi grande demonstrativo de provocação humilhante (natureza aviltante). O mesmo se opera quando um militar da Arma de Cavalaria bate o rebenque no rosto de um par (caso fosse no rosto de inferior, estaríamos diante do delito previsto no art. 176 do CPM) ou ainda vira um balde de excrementos de cavalo (meio empregado) sobre o corpo do seu colega de farda. Evidentemente outras condutas se mostrarão aviltantes dependendo do ambiente em que se derem, mesmo porque os dois primeiros exemplos mencionados, se praticados em ambiente de brincadeira, por exemplo, poderiam descaracterizar o delito sob exame, motivo por que o aplicador da lei penal militar deverá ater-se às circunstâncias que vigiam e que levaram o autor à conduta em apreço.

No Código Penal comum, a injúria real, com descrição típica substancialmente igual, é uma qualificadora da injúria, constante do § 2º do art. 140, enquanto aqui constitui tipo penal autônomo.

Ao fixar a pena, o legislador impôs que a punição pela injúria real não exclui a decorrente de eventual resultado da agressão, seja ele a lesão corporal ou a morte, o que enseja o concurso de crimes, com cúmulo material para a fixação da pena. Obviamente esse resultado não pode estar compreendido pelo dolo do agente, sob pena de caracterizar outro delito, como o homicídio ou a lesão corporal.

O **art. 218 do CPM** traz uma causa especial de aumento de pena, segundo a qual as penas dos crimes de calúnia, difamação, injúria e injúria real

serão aumentadas de um terço quando esses crimes forem praticados contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, contra superior, contra militar, ou funcionário público civil, em razão das suas funções, ou na presença de duas ou mais pessoas, ou de inferior do ofendido, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

O **parágrafo único** do mesmo artigo possui outra causa especial de aumento de pena: se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro, se o fato não constitui crime mais grave.

Essas causas especiais de aumento de pena já forem objeto de estudo quando dos comentários ao crime capitulado no art 214 do CPM (calúnia); rogamos ao leitor que os consulte.

Não entendemos aplicável ao delito de injúria real as disposições dos arts. 220 e 221 do CPM, por serem inadequadas à violência física, embora não haja restrição expressa nos dispositivos em destaque.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo específico, pois o agente busca atingir fisicamente a vítima com a intenção inequívoca de humilhá-la, excluindo-se, a exemplo do delito de calúnia, o *animus jocandi*, o *animus narrandi*, o *animus defendendi* etc.

Como já consignado, o dolo não pode compreender os resultados morte ou lesão, sob pena de configuração de homicídio ou de lesão corporal.

A embriaguez voluntária não tem sido apta a afastar o delito contra a honra na compreensão do Direito Penal Militar. Nesse sentido, por todos, *vide* a Apelação Criminal n. 5873/08 (Feito n. 47.937/07, 3ª Auditoria), julgada em 29 de outubro de 2009, em que a Segunda Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, sob relatoria do Juiz Paulo Prazak, decidiu:

“Incorre no crime de *injúria* o policial militar que dirige a oficial em serviço palavras desrespeitosas, ofendendo-o. A embriaguez voluntária é incapaz de afastar a responsabilidade penal do agente”.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor atinge a vítima

com o ato físico.

• **Tentativa:** possível, se houver a investida física mas o agente não atinge a vítima por circunstâncias alheias a sua vontade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

5.5. Ofensa às Forças Armadas

• **Tipo legal**

Art. 219. Propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de ofender a dignidade ou abalar o crédito das forças armadas ou a confiança que estas merecem do público:

Pena – detenção, de seis meses a um ano.

Parágrafo único. A pena será aumentada de um terço, se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão.

• **Objetividade jurídica:** é a honra objetiva, o crédito, a confiança, a imagem das Forças Armadas, ou seja, da Marinha de Guerra do Brasil, do Exército Brasileiro e da Força Aérea Brasileira.

Como já afirmamos, este crime foi capitulado em título diverso do que deveria estar, uma vez que foi previsto entre os crimes contra a pessoa, quando,

na verdade, ofende a Instituição Militar. Deveria, em nossa opinião, ser capitulado como crime contra a disciplina ou autoridade militares, ou até mesmo contra a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito no âmbito da Justiça Militar da União, em que, aliás, o delito deve ser processado e julgado, já que está sendo aviltado bem jurídico das Forças Armadas.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta neste tipo penal, sem correspondente no Código Penal comum, é "propalar", espalhar, fatos que o autor sabe serem inverídicos, fatos esses que têm o potencial de macular o prestígio, a confiança, a dignidade, o crédito que as Forças Armadas têm do público, seja ele interno (demais militares) ou externo (sociedade em geral).

Há entendimento de que o tipo penal, ao grafar a expressão "forças armadas" em letras minúsculas, autoriza a interpretação de que o tipo faz referência tanto às forças militares federais como às estaduais. Evidentemente a expressão não poderia contemplar as "forças armadas civis" (Polícias Civis e Guardas Municipais), pois o Código Penal Militar tem como objetivo maior promover a regularidade do funcionamento das Instituições Militares, objetivo esse que sucumbiria se a força em questão fosse civil. Restaria, portanto, por essa visão, a subsunção da conduta com a ofensa às Forças Armadas (Marinha, Exército e Força Aérea) e às Polícias Militares.

Preferimos, no entanto, restringir a compreensão apenas à Marinha de Guerra, ao Exército e à Força Aérea. Aprendemos desde cedo no Direito Penal que o tipo incriminador não deve, como regra, compreender técnicas que o tornem mais elástico, ou seja, em sentido figurado; a interpretação extensiva deve ser relegada ao último plano, com limites bem estritos, cingindo-se apenas a buscar aquilo que a lei penal desejou evidenciar por suas palavras, sem "esticar" demasiadamente o tipo penal, qual fazia Procusto, ao repousar as vítimas sobre seu leito[1447].

O parágrafo único do art. 219 traz uma causa especial de aumento de pena, segundo a qual a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido pela imprensa, rádio ou televisão. Entendemos de fácil compreensão esta majorante, devendo-se apenas ressaltar que imprensa tem um sentido mais amplo, podendo ser aquela veiculada por meio físico ou mesmo virtual, como as páginas de jornais expostas na rede mundial de computador. Esta causa de aumento, ressalte-se, é pertinente pois, se para a propalação forem usados veículos de imprensa, o público potencialmente atingido é muito maior e a lesão à Instituição Militar também o será.

Não entendemos aplicável neste delito a disposições do **art. 221 do CPM**, já que o tipo penal fala em pedido de explicações por parte daquele que foi atingido pela ofensa, tratando-se, por certo, de pessoa natural. Já em relação às disposições do **art. 220**, mormente no que concerne ao inciso III, possível a aplicação a este delito.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de atacar a imagem da Instituição, excluindo-se, a exemplo do delito de calúnia, o *animus jocandi*, o *animus narrandi*, o *animus defendendi*, o *animus corrigendi vel disciplinandi*, o *animus consulendi*, o *animus criticandi* etc.

Como já consignado, o dolo não pode compreender os resultados morte ou lesão, sob pena de configuração de homicídio ou de lesão corporal.

A embriaguez voluntária não tem sido apta a afastar o delito contra a honra na compreensão do Direito Penal Militar. Nesse sentido, por todos, *vide* a Apelação Criminal n. 5873/08, Segunda Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, já transcrita acima.

• **Consumação:** o delito se consuma quando os fatos divulgados chegam ao público.

• **Tentativa:** possível, no caso de a propalação ser por escrito e não chegar aos destinatários.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer

pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6. DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE

O Capítulo VI do Título IV do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar, ainda no seio dos crimes contra a pessoa, disciplina os crimes contra a liberdade.

Este Capítulo, por sua vez, é fracionado em quatro Seções, tratando dos crimes contra a liberdade individual (Seção I), dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio (Seção II), dos crimes contra a inviolabilidade da correspondência ou comunicação (Seção III) e dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos de caráter particular (Seção IV).

Vejamos, pois, tais delitos.

6.1. Dos crimes contra a liberdade individual

A Seção I do Capítulo VI trata dos crimes contra a liberdade individual, compreendendo os delitos de constrangimento ilegal, ameaça, desafio para duelo, sequestro ou cárcere privado.

6.1.1. Constrangimento ilegal

• **Tipo legal**

Art. 222. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer ou a tolerar que se faça, o que ela não manda:

Pena – detenção, até um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º A pena aplica-se em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de arma, ou quando o constrangimento é exercido com abuso de autoridade, para obter de alguém confissão de autoria de crime ou declaração como testemunha.

§ 2º Além da pena cominada, aplica-se a correspondente à violência.

Exclusão de crime

§ 3º Não constitui crime:

I – salvo o caso de transplante de órgãos, a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada para conjurar iminente perigo de vida ou de grave dano ao corpo ou à saúde;

II – a coação exercida para impedir suicídio.

• **Objetividade jurídica:** é a liberdade individual de autodeterminação da pessoa, caracterizada, em regra, pelo *princípio da autonomia da vontade* (*vinculação negativa*), disposto no inciso II do art. 5º da CF, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Assim, o cidadão, seja ele militar ou não, possui certa liberdade para o seu atuar, somente pautada, limitada, pela norma de direito. Quando alguém obriga uma pessoa a fazer algo que a norma de direito não impõe, ou a tolerar algo também não imposto pela norma, há uma supressão da liberdade individual

de autodeterminação da pessoa, que, se vilipendiada por violência ou grave ameaça, configurará em tese o delito aqui definido.

Dois importantes pontos devem ser trazidos a discussão.

Primeiro, quando a Constituição menciona "em virtude de lei", condensa o princípio da legalidade no Direito Constitucional, e não o da reserva legal, ou seja, está sendo mais abrangente, devendo-se entender por "lei" a norma de direito a qualquer título (lei, decreto, resolução etc.), desde que arrimada em uma lei.

Nesse sentido, lapidar o ensinamento de Alexandre de Moraes:

"O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo"**[1448]**.

Assim, ao considerar o inciso II do art. 5º da CF fonte do princípio da legalidade no Direito Constitucional, estaremos admitindo a ampliação do conceito de "lei", o que tem encontrado eco na doutrina atual, como vimos, em Alexandre de Moraes. Nessa acepção, por exemplo, um Policial Militar Rodoviário que, de serviço, obrigue um cidadão a cumprir resolução do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), resolução essa que, embora seja fruto do trabalho normativo do Poder Executivo, esteja totalmente dentro da permissão legal trazida pelo Código de Trânsito Brasileiro para que o órgão normatize a matéria, não incorrerá no tipo objetivo deste delito porquanto fez que se cumprisse a "lei", em sentido genérico.

O outro ponto relevante a ser discutido está na diversa compreensão que se dá ao princípio da legalidade em âmbito administrativo. Nesse sentido, adequadas as lições de Pedro Lenza:

"No âmbito das relações particulares, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação deste valor com a dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (...).

Já em relação à administração, ela só poderá fazer o que a lei permitir. Deve andar nos 'trilhos da lei', corroborando a máxima do direito inglês: *rule of Law, not of men*. Trata-se do princípio da legalidade estrita, que, por seu turno, não é absoluto! Existem algumas restrições, como as medidas provisórias, o estado de defesa e o estado de sítio (...)"**[1449]**.

Essa distinção é fundamental, porquanto se o sujeito passivo da conduta típica for um militar não no exercício da função, deverá ser encarado como um cidadão na plenitude das suas liberdades públicas, com as restrições constitucionais; portanto, o mote de interpretação para verificar se houve o constrangimento será, como visto, a *vinculação negativa*, ou seja, tudo lhe será permitido, salvo se norma legal (em sentido amplo) trouxer vedação ou impuser conduta diferente. Agora, diante de uma ação praticada contra um militar investido da função, o mote de interpretação será a legalidade estrita, marcando-se a *vinculação positiva*, ou seja, nada lhe será permitido fazer sem o permissivo legal.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta da Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF)**[1450]**.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é qualquer pessoa, desde que tenha autodeterminação. Entretanto, essa pessoa deve ser capaz, ou seja, deve possuir liberdade de autodeterminação, o que exclui da sujeição passiva, por exemplo, crianças, doentes mentais etc. Essa a visão aguçada de

Bitencourt, ao comentar o delito correlato no Código Penal comum (art. 146 do CP):

"*Sujeito passivo* pode ser qualquer pessoa, desde que capaz de sentir a violência e *motivar-se* com ela; em outros termos, é necessária a *capacidade de autodeterminação*, ou seja, a capacidade de conhecer e se autodeterminar de acordo com esse entendimento. Assim, estão excluídos os enfermos mentais, as crianças, os loucos de todo gênero etc. Se, no entanto, o *constrangimento* for praticado contra seus representantes, com a finalidade de permitir que se faça algo com eles, desautorizado em lei, os incapazes serão, neste caso, *objeto do crime*, e seus responsáveis os sujeitos passivos (...).

Quando o constrangimento for praticado contra criança, constituirá o crime descrito no art. 232 da Lei n. 8.069/90 (ECA), desde que esta se encontre 'sob sua autoridade, guarda ou vigilância'. Essa previsão minimiza aquele entendimento de que incapaz não pode ser sujeito passivo daquele crime"**[1451]**.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta no art. 222, com semelhança substancial ao previsto no art. 146 do CP, é *constranger*, ou seja, forçar, coagir, obrigar etc., seja de forma direta (impondo diretamente o comportamento ao sujeito passivo, como a violência) ou indireta (não agindo diretamente sobre a pessoa constrangida, mas chegando até ela por outro meio, como o uso de um animal para o emprego da violência).

O constrangimento deve ser direcionado ao sujeito passivo de sorte que ele faça o que a lei não manda, deixe de fazer o que a lei permite ou tolere que se faça o que a lei não manda, em todas as situações, turbando o poder de autocondução do constrangido.

Como já referimos, a palavra "lei" deve ser entendida de modo amplo. Em outros termos, além da própria Constituição Federal, a norma penal abrange os instrumentos legislativos primários previsto no art. 59 da CF – sejam os elaborados pelo Poder Legislativo, a exemplo da lei complementar e da lei ordinária, sejam os frutos de normatização do Poder Executivo, como a lei delegada e a medida provisória –, e também os instrumentos normativos não primários, desde que arrimados na Constituição Federal e na lei permissiva de

sua edição, a exemplo de decretos do Poder Executivo, resoluções de Agências Reguladoras, portarias ministeriais etc. Enfim, se houver uma norma legal impondo (respaldada pela Constituição e por lei), a coação será legal, afastando-se o constrangimento ilegal. Como exemplo, a imposição de uma punição disciplinar, por certo, constitui um constrangimento, porém respaldado pela "lei disciplinar" da Instituição Militar, configurando-se em um constrangimento legal; caso a punição seja excessiva, com rigor não permitido pela lei, embora se configure o constrangimento ilegal, em homenagem ao princípio da especialidade, configurar-se-á o delito de rigor excessivo, capitulado no art. 174 do Código Penal Militar.

A ilegitimidade da coação pode ser *absoluta*, quando o agente não tem direito ao fruto do comportamento imposto, ou *relativa*, quando até há esse direito, não se podendo, contudo, impor o comportamento ao sujeito passivo**[1452]**.

O meio de execução deste delito é fixado pela lei, resumindo-se na violência, grave ameaça, ou qualquer outro meio hábil a diminuir a capacidade da vítima.

Violência, no sentido que lhe dá o tipo penal, trata-se da *vis corporalis*, ou seja, a violência física, podendo ser caracterizada por ação, por exemplo, o militar que segura uma mulher, também militar, dando-lhe um ósculo na boca, ou por omissão, por exemplo, privar a vítima de água. Não se exige que a violência seja resistível pelo sujeito passivo – aliás, nem sequer se exige que ele tente resistir; basta que seja empregada para a prática a omissão ou tolerância do comportamento não imposto pela lei.

A *ameaça*, como exige o próprio tipo, deve ser *grave*, ou seja, uma promessa de mal futuro apta a causar temor no sujeito passivo, uma violência moral. Pode consistir em ameaça oral, escrita, gestual etc. Não se exige, por outro lado, que o mal versado na ameaça seja injusto, sob pena de haver a configuração do delito capitulado no art. 223 do CPM (ameaça), que, diga-se, possui como elemento a característica de "injusta" no mal professado. Também não se exige que a ameaça configure coação irresistível – aliás, nem sequer se exige que o sujeito passivo tente resistir –, já que se trata de elemento estranho ao

tipo penal em estudo, bastando que, como dito, seja idônea a causar medo no sujeito passivo. Obviamente, se a ameaça for meio para a prática de outro delito, como o roubo (art. 242 do CPM) e o estupro (art. 233 do CPM), estará absorvida pelo delito-fim.

Por último, a lei se refere a qualquer outro meio que *reduza a capacidade de resistência* da vítima, aqui, sim, exigindo a vulnerabilidade do sujeito passivo em não poder resistir ao comportamento imposto, pelo emprego de meio químico, biológico etc., dissimulado, ou então ter-se-ia a violência. Como exemplos, citem-se os alucinógenos, os soníferos etc. Por óbvio, se o emprego do outro meio *anular* a resistência do sujeito passivo, a conduta estará subsumida pelo tipo, já que anular é reduzir a zero.

O § 1º do artigo em foco traz uma causa especial de aumento de pena, aplicada em dobro "quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de arma, ou quando o constrangimento é exercido com abuso de autoridade, para obter de alguém confissão de autoria de crime ou declaração como testemunha".

No que tange à *reunião de mais de três pessoas* para a prática da conduta nuclear (§ 1º do art. 222), não se exige tecnicamente para a caracterização do crime que todos sejam imputáveis, e sim a mera união. Fala-se simplesmente em união de mais de três pessoas, ou seja, no mínimo quatro, que deverão estar na prática de ato executório do tipo, não podendo ser apenas colaborador a título de participação. Nesse número, inclusive, poderá estar incluída pessoa inimputável, em função da teoria da *acessoriedade limitada da participação*. Segundo essa teoria, "para punir o *partícipe*, é suficiente que a ação praticada pelo autor principal seja *típica* e *antijurídica*, sendo indiferente a sua *culpabilidade, podendo assim, inclusive, ser isento de pena*; (...)"**[1453]**.

Para chegarmos ao conceito de "reunião de mais de três pessoas" na execução do núcleo do constrangimento ilegal, deve-se verificar a presença dos mesmos requisitos do concurso de pessoas, ou seja, pluralidade de condutas, relevância causal das condutas, liame subjetivo dos atuantes formado antes ou durante a execução e identidade de fato criminoso. Assim, como exemplo, se um

militar da ativa, para a prática de constrangimento ilegal contra outro militar da ativa, une-se a três outras pessoas, dentre as quais estão dois menores de 18 anos, por exemplo, esta causa especial de aumento de pena incidirá.

Também incidirá a causa de aumento de pena quando houver no constrangimento o *emprego de arma*. Inicialmente, note-se que a arma deve ser utilizada (*empregada*) no constrangimento; não basta que o autor esteja armado. Em segundo momento, deve-se conceber que o tipo penal não menciona arma de fogo, mas apenas *arma*, donde se conclui que pode tratar-se de arma própria (branca ou de fogo), ou seja, aquela idealizada com o fim de causar injúria à integridade física de pessoa ou animal, como revólveres, pistolas, faca, soco inglês etc., como arma imprópria, ou seja, aquela não idealizada para ofender a integridade física, mas que, desvirtuando-se sua utilização, tem esse poder, por exemplo, machado, cutelo, martelo, taco de beisebol etc. A arma de brinquedo, embora seja apta a causar o constrangimento para a configuração do tipo penal simples, não o é para a majoração da pena pelo § 1º. Nesse sentido, embora afeto ao delito de roubo, decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 213.054/SP, em 23 de outubro de 2002, relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, ocasião em que se afastou a antiga Súmula 174 da mesma Corte:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I, § 2º, DO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA N. 174/STJ. CANCELAMENTO. O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do *ne bis in idem*, e da proporcionalidade da pena. Ademais, a Súm. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes. Cancelamento da Súm. 174-STJ. Recurso conhecido mas desprovido".

O crime também terá a pena majorada, pelo § 1º do art. 222, quando o constrangimento é exercido *com abuso de autoridade, para obter de alguém*

confissão de autoria de crime ou declaração como testemunha, não havendo correlato na legislação penal comum. Este dispositivo entra em choque com a alínea *a* do incisos I da Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que criminalizou o delito de tortura, *in verbis*:

"Art. 1º Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa".

Também há aparente identidade com a alínea *b* do art. 4º da Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que define como crime de abuso de autoridade "submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei".

Surgem, pois, os conflitos aparentes de normas que devem ser solucionados.

Em primeiro aporte, o conflito com o crime de abuso de autoridade somente existe quando o sujeito passivo está sob guarda ou custódia do sujeito ativo, o que nem sempre acontece no caso do constrangimento ilegal, ainda que com abuso de autoridade. Pode ocorrer, por exemplo, que um Policial Militar de folga, vendo uma pessoa presa sob custódia de outro companheiro de farda, no interior do quartel, mediante uma grave ameaça, obrigue o custodiado de outro a dançar ou a cantar por uma hora. Nesse caso, há de prevalecer o crime de constrangimento ilegal com a pena majorada pelo § 1º do art. 222.

Hipóteses há, no entanto, em que o conflito será de mais difícil solução. Imagine-se que o Policial Militar que ameaçou o preso gravemente para que ele cantasse ou dançasse o tivesse sob sua custódia. Nesse caso, teríamos a possibilidade de aplicação do art. 222 do CPM, com a majorante do § 2º, mas também a possibilidade de configuração de abuso de autoridade pela letra *b* do art. 4º da Lei n. 4.898/65.

O conflito existe não só aqui, mas também em outras disposições, como no caso da alínea *b* do art. 3º da Lei n. 4.898/65, com o § 2º do art. 226 do Código Penal Militar, que trata da majoração para o crime de violação de domicílio. Como já referimos, sobre esse conflito, Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio, com precisão, ensinam:

"Questão complexa diz respeito à violação de domicílio praticada por funcionário público no exercício de suas funções, em flagrante abuso de poder. Nessa hipótese, concordamos com Alberto Silva Franco, para quem deve ser aplicado o tipo penal qualificado previsto no art. 150, § 2º, do Código Penal, pois o abuso de poder constitui circunstância legal específica de outro crime. Em sentido contrário, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas entendem que deve ser aplicado o art. 3º, *b*, da Lei n. 4.898/65, em virtude do princípio da especialidade"**[1454]**.

Concordando com Smanio e Alexandre de Moraes, se o intento era violar domicílio, o abuso acaba tornando-se subsidiário, prevalecendo o delito do art. 226 com a majoraçao do § 2º. Ademais, deve-se lembrar que o CPM e a Lei n. 4.898/65, nos tipos em conflito, possuem elementos especializantes intensos, não sendo esse critério seguro para a solução do conflito aparente de normas; deve-se valer do critério da sucessão temporal das leis penais, frisando-se que a Lei de Abuso de Autoridade surgiu em 1965, enquanto o Código Penal Castrense, em 1969, já tendo este como conteúdo informativo aquela lei, concluindo-se que, mesmo conhecendo o delito de abuso de autoridade, o legislador penal militar desejou desconstituí-lo como autônomo, colocando-o como majorante de outro crime.

Trazendo agora para o conflito entre o abuso de autoridade e o constrangimento ilegal, parece-nos adequado manter a mesma linha de raciocínio, ou seja, deve prevalecer o crime de constrangimento ilegal majorado, e não o de abuso de autoridade, primeiro porque este está configurado como forma de constranger, ou seja, alguém já subjugado, por exemplo, pela prisão, ainda sofre uma ameaça daquele que o tem sob custódia. Segundo, pela mencionada sucessão temporal de leis, frisando-se que o § 1º do art. 222 traz a expressão "com abuso de autoridade", que constitui elemento típico já conhecido

pelo legislador penal militar de 1969, configurando uma subsidiariedade evidente do crime de abuso de autoridade em relação ao crime de constrangimento ilegal.

De toda sorte, há aqueles que entendem pela prevalência do crime de abuso de autoridade, bem como os que entendem ser possível a existência de concurso de crimes, questão que já expusemos quando do estudo da lesão corporal e seu conflito com o delito de abuso de autoridade.

No caso do conflito com o delito de tortura, a nosso ver, há compreensão diversa.

Iniciemos com Cezar Roberto Bitencourt, que vê o mesmo conflito em relação ao delito do art. 146 do CP e a alínea *b* do inciso I do art. 1º da Lei n. 9.455/97, quando a tortura é imposta para provocar ação ou omissão de natureza criminosa, aliás, conflito que também pode surgir em relação ao delito do art. 222 do CPM. Neste caso, concluindo o raciocínio, o autor consigna:

"(...) Na verdade, o *crime de tortura*, nessa hipótese, *consuma-se* com a simples conduta na forma descrita no *caput* do art. 1º e inciso I, independentemente de a vítima praticar a conduta criminosa pretendida pelo sujeito ativo; se, no entanto, o torturado não 'resistir' e praticar o comportamento criminoso exigido pelo sujeito ativo, ocorrerá somente exaurimento do crime de tortura, que já se havia consumado.

Na primeira hipótese, quando o crime de tortura apenas se consumou, o *sujeito ativo* responde apenas pelo crime de tortura, pois o constrangimento é *elementar típica* desse crime, ficando por ele absorvido, a exemplo do que ocorre com roubo, extorsão, estupro (...). Na segunda hipótese, no entanto, havendo *exaurimento* do crime de tortura, o sujeito ativo responderá, *cumulativamente*, pelo crime de tortura e pelo crime que o torturado coagido tiver praticado (em relação a este, como *autor mediato*). O *executor*, coagido, não responderá por nada, a menos que tenha agido com culpabilidade e nos limites de sua culpabilidade.

Assim, por exemplo, se a tortura for resistível, não tipificará o crime de tortura, pois um 'constrangimento' resistível não teria gravidade suficiente

para tipificar o crime de tortura, e, nesse caso, ambos – coator e coato – responderão pelo crime que este praticou, pois não haverá a figura do simples executor (...)”**[1455]**.

Com efeito, a visão do autor é adequada também ao Direito Penal Militar. Dessa forma, havendo tortura com o objetivo de que o sujeito passivo pratique um delito, obviamente também haverá o constrangimento ilegal. Contudo este é subsidiário do delito de tortura, sendo absorvido por aquele (subsidiariedade tácita). Ademais, a Lei de Tortura remonta a 1997, portanto posterior ao CPM, de 1969, levando a uma relação exatamente inversa àquela verificada entre o abuso de autoridade e o crime de constrangimento ilegal do CPM. Em outros termos, é possível dizer que o abuso de autoridade é subsidiário do constrangimento ilegal, com pena majorada pelo § 1º do art. 222 – que, ressalte-se, menciona o abuso de autoridade expressamente, numa subsidiariedade expressa –, mas este, em relação à Lei n. 9.455/97, passa a ser subsidiário (tacitamente), já que o legislador penal, ao construir o tipo penal da tortura da alínea *b* do inciso I do art. 1º da lei em foco, já conhecia o delito de constrangi-mento ilegal, inserindo-o na construção típica da tortura.

Claro, a exemplo do que afirmou Bitencourt, se o constrangimento não é tal que não configure a tortura (sofrimento extremo), prevalecerá o delito de constrangimento ilegal e, caso o constrangimento seja caracterizado como tortura, porém, resistível, praticando o torturado o crime para o qual foi impulsionado (exaurimento da tortura), haverá para o torturador o concurso de crimes, ou seja, responderá por tortura na Justiça Comum e pelo novo delito praticado pelo torturado (autoria mediata), respondendo na Justiça Comum ou Militar, conforme se trate de delito comum ou castrense.

A construção em relação ao conflito do § 1º do art. 222 do CPM e da alínea *a* do inciso I do art. 1º da Lei n. 9.455/97 deve, respeitando opiniões em sentido diverso, caminhar no mesmo sentido.

Caso o ato constrangedor para obter a confissão ou a declaração de testemunha não seja dotado de características de tortura (sofrimento moral ou físico intenso), teremos a caracterização do delito de constrangimento ilegal (art.

222 do CPM), com a pena majorada pelo § 1º. Caso o ato constrangedor seja dotado de características de tortura, à evidência, o constrangimento ficará absorvido pelo delito de tortura. Ressalte-se que tanto no constrangimento ilegal como no delito de tortura da alínea *a* do inciso I do art. 1º da Lei n. 9.455/97, o fim específico (elemento subjetivo especial do injusto ou dolo específico) é a obtenção de confissão ou de declaração, não sendo, portanto, o elemento subjetivo o ponto diferenciador, mas o grau de constrangimento, se chega ou não a constituir um sofrimento ímpar e exacerbado a ponto de configurar a tortura.

O elemento subjetivo será importante na distinção do delito de constrangimento ilegal com pena majorada pela intenção de obter confissão ou declaração de testemunha e o delito de coação (art. 342 do CPM), visto que no constrangimento a intenção é obter a verdade pela confissão ou declaração, enquanto na coação a intenção é obter versão favorecedora do interesse do próprio coator ou de terceiro. Assim, empregar violência para constranger testemunha a declarar em juízo, por exemplo, versão favorável ao coator, configurará o delito do art. 342 do CPM, e não o do art. 222 com a majoração do § 1º do mesmo diploma.

Dispõe o § 2º do art. 222 que, além da pena cominada, aplica-se a correspondente à violência. Esta regra impõe consequência próxima à do concurso de crimes, determinando o cúmulo material, ainda que a pena dos dois delitos possa ser de diferentes espécies – e nisso se distancia da regra do concurso de crimes do art. 79 do CPM. Em outros termos, assim como entendemos ao comentar os arts. 153, 157, § 3º, 158, § 2º, todos do CPM, trata-se do concurso formal de crimes que possuirá regra própria, diversa daquela estipulada pelo art. 79 do CPM. Nesse dispositivo da Parte Geral, a regra é o cúmulo material das penas dos crimes se forem de mesma espécie, ou, se penas de espécies diferentes, a exasperação – a pena única será a mais grave, aumentada da metade do tempo das menos graves. O § 2º do art. 222, no entanto, considerando a gravidade da conduta, determinou apenas o cúmulo material, a soma das penas, ainda que de espécies diferentes, o que se torna cristalino pela expressão "além da pena cominada".

O § 3º do art. 222 do CPM, por fim, traz circunstâncias que excluem

a ilicitude de condutas que, em tese, caracterizariam o constrangimento ilegal, dispondo que não haverá crime quando o constrangimento for praticado para intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada para conjurar iminente perigo de vida ou de grave dano ao corpo ou à saúde, salvo em caso de transplante de órgão, ou quando ocorrer uma coação exercida para impedir suicídio. Embora entendamos tratar-se de causas especiais de exclusão da ilicitude, há posicionamento muito coeso que considera tais dispositivos excludentes de tipicidade. Nesse sentido, aduz Rogério Greco, referindo-se a semelhante dispositivo do Código Penal comum:

"Inicialmente, deve ser frisado que, embora exista controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica das causas elencadas no § 3º do art. 146, em virtude da redação contida no mencionado parágrafo, não podemos deixar de compreender que se trata de situações que conduzem à atipicidade do fato praticado pelo agente"**[1456]**.

Em relação às intervenções cirúrgicas, por fim, duas observações são cabíveis. Primeiro que, se houver consentimento do paciente, à evidência, estará afastado o constrangimento, pela atipicidade do fato, porquanto ilesa estará a capacidade de autodeterminação. Interessante notar que nesse caso o consentimento do ofendido funciona como causa de exclusão da tipicidade, e não como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade.

Em outro ponto relevante, deve-se notar que a causa especial aqui prevista, por opção do legislador, não vingará no caso de transplante de órgãos, restrição não constante do tipo permissivo correlato do Código Penal comum. Talvez aqui o legislador penal militar tenha, antevendo problemas como o tráfico de órgãos, buscado restringir a aplicação do dispositivo, afastando a causa especial de exclusão da ilicitude. Contudo, no caso concreto, mesmo sem o consentimento do ofendido ou de seu representante, e em uma situação de transplante de órgão, nada impede a ocorrência do estado de necessidade justificante, trazido pelo art. 43 do Código Penal Militar.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo específico, uma vez que a intenção é constranger a vítima com a finalidade de que faça, deixe de fazer ou tolere que

se faça, sem que haja obrigação legal para tal (dolo específico ou elemento subjetivo especial do tipo ou do injusto).

Na modalidade majorada do § 1º do art. 222, *in fine*, exige-se mais ainda no elemento subjetivo, ou seja, o constrangimento com o fim de obtenção de confissão ou declaração de testemunha.

• **Consumação:** o delito se consuma quando a vítima, vencida pelo constrangimento do autor, faz, deixa de fazer ou tolera que se faça, em desconformidade com a lei.

• **Tentativa:** é possível no caso em que se opera o constrangimento mas a vítima não atende ao anseio do autor, por exemplo, no emprego de violência de um militar para beijar o sujeito passivo, sendo impedido pela resistência deste ou pela ação de terceiros.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há substancial idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.1.2. Ameaça

• **Tipo legal**

Art. 223. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de lhe causar mal injusto e grave:

Pena – detenção, até seis meses, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. Se a ameaça é motivada por fato referente a serviço de natureza militar, a pena é aumentada de um terço.

• **Objetividade jurídica:** é a liberdade individual de autodeterminação da pessoa, ou seja, sua capacidade de escolha de comportamento, que pode ser tolhida pela coação resultante de ameaça.

Há, no entanto, como muito bem dispõe Rogério Greco, arrimado em Fragoso, entendimento diverso, segundo o qual, em vez da proteção de uma liberdade psíquica, o artigo em foco tutelaria o sentimento de segurança na ordem jurídica, que seria aviltada pela intranquilidade gerada no espírito do cidadão**[1457]**.

No entanto, como está capitulado entre os delitos contra a pessoa, parece-nos mais adequado entender que se objetiva a tutela da liberdade psíquica.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF)**[1458]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é qualquer pessoa, desde que tenha autodeterminação, prestando-se aqui parte dos comentários consignados por ocasião da sujeição passiva no delito anterior (art. 222 – constrangimento ilegal), bastando dizer que "as crianças, até certa idade, os doentes mentais, as pessoas jurídicas, por exemplo, não possuem discernimento para entender a promessa de mal injusto que lhes é proferida"**[1459]**.

• **Elementos objetivos:** com igual tipificação no art. 147 do Código Penal comum, o tipo penal do delito de ameaça tem por conduta nuclear *ameaçar*, ou seja, procurar intimidar ou incutir medo, através de palavra, escrito, gesto ou qualquer outro modo, esteja face a face com o sujeito passivo, ou por telefone, por *e-mail* ou outro meio de comunicação qualquer, prometendo à vítima que lhe fará mal injusto e grave. Pode ser diretamente endereçada ao sujeito passivo ou a pessoa que lhe é cara, causando-lhe o mesmo temor. Pode, por fim, ser clara ou explícita, ou ainda sugestionada, implícita.

O mal prometido deve ser dotado de verossimilhança, ou seja, deve ser possível realizá-lo, bem como idônea, crível. Caso o sujeito passivo não dê crédito à ameaça, não será esta dotada de lesividade, portanto, mesmo que o sujeito ativo tenha a intenção de causar a intimidação, a hipótese será de *crime impossível*, pela absoluta ineficácia do meio empregado**[1460]**.

Mais ainda, o mal prometido deve ser injusto, ou seja, capaz de ferir, sem amparo legal, bens tutelados juridicamente do sujeito passivo e, por isso, capaz de intimidá-lo. Não caracteriza, assim, ameaça a afirmação de que processará, lavrará comunicação disciplinar ou que levará o fato ao conhecimento de um Oficial ou de superior hierárquico, mesmo porque, além de não haver a qualidade de injusto, seja em âmbito judicial ou administrativo disciplinar, qualquer desses atos só fará com que a autoridade competente julgue os fatos e decida na forma da lei.

Damásio de Jesus, com muita propriedade, ensina-nos que inexiste crime nos casos em que a ameaça caracteriza praga ou esconjuro, citando exemplos, as expressões "vá para o inferno" ou "que o diabo o carregue"**[1461]**.

Não se perca de vista, no entanto, que a ameaça de mal justo, *com o fim de que* o sujeito passivo faça algo não imposto por lei, ou tolere algo também sem respaldo legal, poderá configurar constrangimento ilegal.

Como se percebe pelo preceito secundário do crime em estudo, é cominada a pena de detenção, de trinta dias a 6 meses (pena mínima obtida com a combinação do art. 58 do CPM), isto *se o fato não constitui crime mais grave*, marcando a subsidiariedade expressa do delito, que poderá estar caracterizado como meio de outro crime que o absorverá, a exemplo do roubo (art. 242 do CPM).

Por fim, o Código Penal Militar, no parágrafo único do art. 223, possui uma causa especial de aumento de pena inexistente na legislação penal comum. Dispõe que, se *a ameaça é motivada por fato referente a serviço de natureza militar, a pena é aumentada de um terço. Serviço de natureza militar* – a exemplo do que dispusemos sobre *função de natureza militar* ao comentar o delito de maus-tratos (art. 213 do CPM), quando afastamos a aplicação da Súmula 297 do

Supremo Tribunal Federal –, parece-nos albergar todo e qualquer serviço relacionado à atividade constitucionalmente definida para as instituições militares, ou seja, defesa da pátria e dos Poderes constituídos para as Forças Armadas, polícia ostensiva e preservação da ordem pública para as Polícias Militares e defesa civil para os Corpos de Bombeiros Militares.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de inculcar medo no sujeito passivo, sem que haja, no entanto, a intenção de que ele produza certo comportamento (tolerar algo, p. ex.). Aqui, a ameaça é um fim em si mesmo.

A ira extremada, cólera etc., não afastam o dolo da ameaça. Nesse sentido, consigna Bitencourt:

"(...) Ao contrário, a ira é a força propulsora da vontade de intimidar. Ademais, é incorreta a afirmação de que o homem irado não tem possibilidade de atemorizar, pois exatamente por isso apresenta maior potencialidade de intimidação, pelo desequilíbrio que o estado colérico pode produzir em determinadas pessoas. Aliás, não raro, os crimes de ameaça são praticados nesses estados. (...)"**[1462]**.

O mesmo se diga da embriaguez, que deve ser avaliada no caso concreto com suas nuanças, verificando-se se é o caso de afastar a imputabilidade, considerá-la irrelevante, ou mesmo entendê-la como circunstância que mereça maior reprovação, como na embriaguez preordenada para o civil autor de infração penal militar**[1463]**.

Em sentido oposto, no entanto, destaque-se decisão recente do Superior Tribunal Militar, de 30 de setembro de 2008, na Apelação 2008.01.050953-4/PE, sob relatoria do Ministro José Coêlho Ferreira:

"*EMENTA*: APELAÇÃO. MPM. ART. 223 DO CPM (AMEAÇA). CÓLERA, REVOLTA OU IRA. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. NÃO CONFIGURADO. ART. 224 DO CPM (DESAFIO PARA DUELO). DESAFIO PARA LUTA CORPORAL SEM ARMAS. NÃO CONFIGURADO. APELO IMPROVIDO.

I – O crime do art. 223 do CPM requer que a ameaça seja idônea e

séria, *não se configurando se feita em momento de cólera, revolta ou ira e em momento de embriaguez*, mormente quando a vítima não lhe dá maior crédito. O delito exige ânimo calmo e refletido.

II – (...).

III – Recurso ministerial improvido. Decisão unânime". (g. n.)

• **Consumação:** o delito se consuma quando a vítima toma conhecimento da ameaça, independendo de sua intimidação.

• **Tentativa:** é possível se realizada por escrito e não chega ao conhecimento da vítima por motivos alheios à vontade do agente.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM, diferentemente do crime comum de ameaça, cuja ação penal somente é desencadeada mediante representação do ofendido (art. 147, parágrafo único, do CP).

6.1.3. Desafio para duelo

• **Tipo legal**

Art. 224. Desafiar outro militar para duelo ou aceitar-lhe o desafio, embora o duelo não se realize:

Pena – detenção, até três meses, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** é a liberdade individual da pessoa, marcada pela lesão à autodeterminação com o constrangimento do desafio para o duelo.

Muito embora se possa também entender focada a vida, no simples desafio isso não ocorre, visto que se o duelo efetivamente acontecer, a subsidiariedade do delito importará na subsunção a outro crime mais grave, como o homicídio consumado; este sim tem o direito à vida como objetividade jurídica.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito em foco, por restrição do próprio tipo penal, é apenas o militar, federal ou estadual, compreendido à luz do art. 22 do CPM, ou seja, apenas o militar da ativa.

Também poderá figurar no polo ativo o militar inativo equiparado a militar da ativa, nos termos do art. 12 do Código Penal Militar. O militar inativo e o civil (este apenas no âmbito da Justiça Militar da União) também poderão figurar no polo ativo em caso de concurso de pessoas (participação intelectual, p. ex.), na dicção do § 1º do art. 53 do Código Penal Castrense.

O sujeito passivo, também por restrição do próprio tipo penal, é apenas o militar, federal ou estadual, devendo, da mesma forma, ser compreendido à luz do art. 22 do CPM (militar da ativa). Incluam-se aqui o militar desafiado e o desafiante, neste último caso, somente na modalidade de aceitar o desafio.

• **Elementos objetivos:** sem par na legislação penal comum, o tipo penal estudado possui como primeira conduta nuclear *desafiar*, que significa chamar impetuosamente, invocar outro militar ao duelo. A outra conduta prevista no tipo penal, também nuclear, é *aceitar* o desafio formulado, que significa anuir, concordar com a prática do duelo.

O meio empregado pode ser a linguagem oral, escrita – carta, *e-mail* etc. –, gestual ou outro meio que simbolize o desafio.

Duelo é o combate armado entre duas ou mais pessoas, sem que haja estratégia de cobertura e abrigo, ou seja, os participantes se expõem uns aos outros, confiando apenas na destreza própria e no despreparo dos demais. A arma utilizada pode ser qualquer uma, revólver, pistola, espada etc. É

imprescindível a sugestão de emprego de arma, conforme decidiu o Superior Tribunal Militar, em 30 de setembro de 2008, na já mencionada Apelação n. 2008.01.050953-4/PE, sob relatoria do Ministro José Coêlho Ferreira:

"*EMENTA*: APELAÇÃO. MPM. ART. 223 DO CPM (AMEAÇA). CÓLERA, REVOLTA OU IRA. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. NÃO CONFIGURADO. ART. 224 DO CPM (DESAFIO PARA DUELO). DESAFIO PARA LUTA CORPORAL SEM ARMAS. NÃO CONFIGURADO. APELO IMPROVIDO.

I – (...)

II – Para se configurar o desafio para duelo faz-se necessário que o autor, de forma direta e consciente, e por meio de palavra, proponha o duelo, o qual se caracteriza pelo *emprego de arma*.

III – Recurso ministerial improvido. Decisão unânime". (g. n.)

A tipificação deste delito vai até o momento anterior à execução do duelo, porquanto, a partir da execução, teremos outro delito, que absorverá o de desafio para duelo, a exemplo do homicídio tentado ou consumado, ou mesmo da lesão corporal tentada ou consumada, caso a arma escolhida não tenha o poder de provocar o óbito.

Também neste delito, a exemplo do art. 223 do CPM, desponta do preceito secundário a sua subsidiariedade expressa, porquanto a pena cominada, detenção de trinta dias a três meses (pena mínima obtida com a combinação do art. 58 do CPM), será aplicada se *o fato não constitui crime mais grave*, podendo o delito ser absorvido, como já dito, por homicídio.

Nesse sentido, Jorge César de Assis**[1464]**, após criticar visão contrária de Ramagem Badaró sustentando o concurso de crimes, traz-nos importante julgado do Superior Tribunal Militar, proferido em 6 de dezembro de 1884, na Apelação n. 1984.01.044158-1/RJ, relator o Ministro Gualter Godinho:

"Crime militar – Homicídio (art. 205 do cpm), precedido do delito do art. 224 do mesmo Código (desafio para duelo) – Crime progressivo que leva à figura da consunção – Homicídio (crime consuntivo) e desafio para duelo (crime

consumido) – Preliminar de desclassificação do homicídio do art. 205 (doloso) para o do art. 206 (culposo) rejeitada, por incabível – desprovimento do recurso da defesa, com a manutenção da sentença condenatória apelada, com a imposição da pena acessória de que trata o art. 102 do cpm – Decisão unânime".

Embora entendamos caso de subsidiariedade, e não de consunção, como pretende o acórdão, o fato é que o crime de desafio para o duelo será absorvido.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de desafiar ou de aceitar o duelo.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor se manifesta desafiando seu oponente. Consuma-se, ainda, com a aceitação pelo segundo.

• **Tentativa:** impossível na forma oral, tanto no desafio como na aceitação. Possível, entretanto, quando o desafio é encaminhado por escrito e interceptado antes de alcançar o segundo militar.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito somente pode ser perpetrado por militares (da ativa), para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, porquanto *não* há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar).

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.1.4. Sequestro ou cárcere privado

• **Tipo legal**

Art. 225. Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:

Pena – reclusão, até três anos.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de metade:

I – se a vítima é ascendente, descendente ou cônjuge do agente;

II – se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III – se a privação de liberdade dura mais de quinze dias.

Formas qualificadas pelo resultado

§ 2º Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

3º Se, pela razão do parágrafo anterior, resulta morte:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

• **Objetividade jurídica:** é a liberdade individual de locomoção da pessoa natural, ou seja, sua capacidade de ir, vir ou mesmo permanecer em um local, encontrando eco no inciso XV do art. 5º da Constituição Federal.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta da Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF)**[1465]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é qualquer pessoa natural. Mesmo a pessoa que tenha limitações na locomoção (portadores de necessidades especiais), pode ser sujeito passivo deste delito, porquanto o que se tutela é a liberdade de locomoção, ainda que esta somente se dê de forma limitada. Também o poderá o incapaz, já que possui liberdade corpórea**[1466]**.

• **Elementos objetivos:** o tipo penal em comento, com semelhante definição no art. 148 do Código Penal comum, possui por conduta nuclear *privar*, ou seja, negar ao sujeito passivo a possibilidade, ainda que relativa (como no caso de risco pessoal), do exercício de seu direito de locomoção.

Embora o tipo penal não diferencie *cárcere* de *sequestro*, levando à presunção de serem sinônimos, em verdade são formas distintas de atentado ao direito de locomoção, de praticar o delito. No *cárcere privado*, agride-se a liberdade de locomoção pelo confinamento, pelo enclausuramento do sujeito passivo, por exemplo, mantendo-o em um cubículo sem a possibilidade de sair. Já no *sequestro*, a turbação da liberdade de locomoção se dá pelo cerceamento do direito, mas sem clausura, sem confinamento, e sim pelo arrebatamento, pela abdução, pelo ato de arredar uma pessoa do local em que está. É possível que a conduta se inicie com o sequestro e em seguida evolua para o cárcere privado, devendo o autor responder por apenas uma infração penal.

Obviamente, se a privação de liberdade for respaldada em lei, como na prisão em flagrante, não ocorrerá o delito em comento, seja por exclusão da ilicitude, seja pela atipicidade do fato, focando-se, mormente, a tipicidade conglobante. De outro lado, a privação legal poderá vir a ser ilegal, configurando o delito, por exemplo, o militar responsável por presídio militar que não coloca preso beneficiado por indulto em liberdade.

Também afasta o delito o consentimento *válido* do ofendido. Muito embora entendamos ser caso de atipicidade, uma vez que o cárcere privado e o sequestro pressupõem contrariedade à vontade do sujeito passivo, há entendimento de que há exclusão da ilicitude, e não caso de atipicidade**[1467]**.

Para o delito em foco, necessário que a privação ocorra por certo período de tempo, não havendo posicionamento uníssono quanto à delimitação desse tempo. Há, todavia, como aponta Mirabete, posicionamento em sentido oposto, entendendo que o tempo de duração é irrelevante**[1468]**. Para nós, contudo, é necessário neste crime permanente, e deve ser um espaço temporal suficiente para lesar o bem jurídico, o que será avaliado no caso concreto pelo aplicador da lei penal militar.

Irrelevante para a ocorrência do delito, por outro enfoque, que a vítima seja restituída; isso consistirá simples hipótese de arrependimento posterior, que influenciará na aplicação da pena.

A privação de liberdade pode ser por ação, como no arrebatamento de

uma pessoa, mas também por omissão, como no já citado caso de não liberação de preso indultado.

O § 1º do art. 225 traz algumas causas especiais de aumento de pena; é aumentada em até a metade (lembrando que a pena do tipo simples é de reclusão de 1 a 3 anos – pena mínima obtida com a aplicação do art. 58 do CPM) quando a vítima for ascendente, descendente ou cônjuge do agente, quando o crime for praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital, ou quando a privação de liberdade durar mais de quinze dias. No Código Penal comum, essas circunstâncias são qualificadoras do 1º do art. 148, que ainda possui outras qualificadoras trazidas pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, que não alcançou o CPM, a exemplo do crime praticado contra menor de 18 anos e do crime praticado com fins libidinosos.

Por sequestro praticado contra *ascendente, descendente ou cônjuge do agente*, merecedor de alta reprovabilidade, deve-se compreender o delito praticado apenas nos exatos termos na norma, porquanto se trata de tipo penal incriminador. Assim, embora se incluam os ascendentes e os descendentes em qualquer grau, excluem-se companheiro, filho adotivo, genro, nora, madrasta etc.**[1469]**.

No caso de *internação da vítima em casa de saúde ou hospital*, tem-se o aumento de pena em função da maior reprovabilidade do engodo perpetrado, caracterizado pela segregação da vítima sem necessidade de tratamento. Casa de saúde ou hospital abrangem estabelecimentos destinados ao tratamento da saúde física e mental das pessoas**[1470]**.

Por fim, a maior reprovabilidade da conduta ocorrerá nos casos em que a *privação de liberdade durar mais de quinze dias*, evidentemente em razão do prolongamento da turbação da liberdade da pessoa.

Os §§ 2º e 3º do art. 225 trazem formas qualificadas pelo resultado, punindo com reclusão de dois a oito anos se *resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral*, bem como cominando a pena de reclusão de doze a trinta anos se *resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, a morte*.

Maus-tratos consistem na exposição a perigo da vida ou saúde de outrem, trazer risco, por ação ou omissão, à pessoa, ou seja, "qualquer ação ou omissão que cause ou possa causar dano ao corpo ou à saúde da vítima ou vexá-la moralmente (...)"**[1471]**. Se a vítima for pessoa sob autoridade, guarda ou vigilância do agente, e a conduta praticada com o fim de educação, instrução etc., advindo o resultado morte, entendemos ser hipótese do art. 213,§ 2º, do CPM.

Caso o objetivo seja a imposição do sofrimento agudo em si, com o resultado morte, entendemos configurar-se o delito de tortura (Lei n. 9.455/97), tornando-se o sequestro e o cárcere privado apenas meios de execução, podendo-se apresentar sob a forma preterdolosa desse delito, no caso do resultado morte. Nesse sentido, com muita precisão, aduz Mirabete:

"Sendo o sequestro meio para o cometimento de outro crime, mais grave, é por este absorvido. Caso seja executado para a prática do crime de tortura, a pena deste é aumentada de um sexto a um terço (art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.455, de 7-4-1997), passando a ser apenas uma causa de aumento de pena deste delito"**[1472]**.

Ao consignar *natureza da detenção*, por fim, a lei penal militar "refere-se ao modo e condições objetivas da detenção em si mesma (meter a vítima a ferros ou no tronco, insalubridade do local, forçada promiscuidade da vítima com gente de classe muito inferior à sua, exposição da vítima a males ou perigos que excedem aos da forma simples do crime)"**[1473]**.

• **Elemento subjetivo:** o crime em comento somente pode ser praticado por dolo, ou seja, a vontade deliberada de privar a vítima de sua liberdade de locomoção, não se exigindo finalidade específica.

Caso a conduta protagonizada pelo autor seja movida por interesse econômico, no entanto, poderá ele incorrer no delito de extorsão mediante sequestro, capitulado no art. 244 do CPM.

• **Consumação:** o delito se consuma quando a vítima é privada de sua liberdade de locomoção, lembrando que este delito é de consumação permanente.

• **Tentativa:** é possível, por exemplo, quando o autor tenta arrebatar a vítima e levá-la à clausura, mas é impedido por circunstâncias alheias à sua vontade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.2. Do crime contra a inviolabilidade do domicílio

O crime de violação de domicílio, capitulado no art. 226 do Código Penal Militar, vem disciplinado na Seção II do Capítulo VI, que trata dos crimes contra a liberdade, portanto, também aqui há a tutela individual.

6.2.1. Violação de domicílio

• **Tipo legal**

Art. 226. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena – detenção, até três meses.

Forma qualificada

§ 1º Se o crime é cometido durante o repouso noturno, ou com

emprego de violência ou de arma, ou mediante arrombamento, ou por duas ou mais pessoas:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

Agravação de pena

§ 2º Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por militar em serviço ou por funcionário público civil, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades prescritas em lei, ou com abuso de poder.

Exclusão de crime

§ 3º Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I – durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência em cumprimento de lei ou regulamento militar;

II – a qualquer hora do dia ou da noite para acudir vítima de desastre ou quando alguma infração penal está sendo ali praticada ou na iminência de o ser.

Compreensão do termo "casa"

§ 4º O termo "casa" compreende:

I – qualquer compartimento habitado;

II – aposento ocupado de habitação coletiva;

III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º Não se compreende no termo "casa":

I – hotel, hospedaria, ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior;

II – taverna, boate, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

• **Objetividade jurídica:** este artigo também tutela a liberdade individual da pessoa natural, buscando preservar sua intimidade e vida privada pelo reconhecimento da inviolabilidade do domicílio. Não se tutela, à evidência, o patrimônio, de sorte que ao analisar o delito não se pode estar atrelado apenas ao espaço físico, mas ao espaço físico garantidor de uma intimidade específica, onde o titular possa proceder secretamente, sem a importunação de outras pessoas ou mesmo do Estado, sem que haja respaldo constitucional para tanto.

A tutela em questão é arrimada no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, ganhando notoriedade pelo disposto no inciso seguinte, ou seja, o inciso XI, segundo o qual "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

José Afonso da Silva, citando René Ariel Dotti, ensina-nos que "a intimidade se caracteriza como 'a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais', o que é semelhante ao conceito de Adriano de Cupis, que define intimidade (*riservatezza*) como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma. Abrange, nesse sentido mais restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, o segredo profissional"**[1474]**.

A intimidade e a vida privada (privacidade), para alguns, confundem-se. Todavia, por estarem expressas no inciso X do art. 5º da CF, José Afonso da Silva entende ser necessário diferenciá-las:

"É também inviolável a *vida privada* (art. 5º, X). Não é fácil distinguir *vida privada* de *intimidade*. Aquela, em última análise, integra a vida íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e de viver, como direito de o indivíduo viver a sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro voltado para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A *vida interior*, que se

debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de *vida privada*, inviolável nos termos da Constituição”**[1475]**.

Seja como for, ao ingressar em um domicílio desautorizadamente, seja pela lei ou pelo morador, o agente estará devassando a vida privada e a intimidade do sujeito passivo, resultando da necessidade de garantir a inviolabilidade desses bens jurídicos, pela previsão típica em estudo.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta da Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF)**[1476]**. Mesmo o proprietário do imóvel violado, nele não residindo, poderá figurar como sujeito ativo, já que o delito não tutela a propriedade, e sim, como visto, a liberdade individual, matizada pela vida privada e pela intimidade.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é qualquer pessoa natural, desde que morador (não importando a que título teve a posse, podendo mesmo ser um posseiro), hóspede ou profissional utilizador do ambiente violado.

• **Elementos objetivos:** com semelhante previsão no art. 150 do Código Penal comum, os núcleos da conduta neste tipo penal militar são *entrar* ou *permanecer*. *Entrar* significa passar o limite físico que separa a casa (local de ofício etc.) do exterior, ou seja, colocar-se inteiramente no interior de um recinto não aberto ao público. *Permanecer*, por outro lado, significa ficar indevidamente, pressupondo dois momentos: o primeiro é o ingresso lícito e o segundo, a não anuência do morador (ou outro titular do direito tutelado.) na permanência do violador naquele ambiente.

O ingresso pode dar-se de forma *clandestina*, ou seja, sem que o sujeito passivo perceba, *astuciosa*, ou seja, pela utilização de um engodo, um ardil, uma farsa, a exemplo da utilização de disfarces de funcionário de empresa de telefonia, energia elétrica etc., ou de *forma contrária a expressa ou tácita manifestação da vítima em sentido oposto*, o que indica a possibilidade de ingresso franco, às claras, com o morador (advogado etc.), afrontando sua faculdade de

vetar o ingresso.

Observe-se que existem hipóteses em que o ingresso poderá ser lícito, configuradoras de causas de exclusão da ilicitude, conforme preferimos, ou, de acordo com a interpretação, da própria tipicidade (conglobante). Essas hipóteses podem ter cunho legal ou até mesmo constitucional.

Iniciando pelas hipóteses trazidas pela lei infraconstitucional, o § 3º do próprio art. 226 do CPM dispõe que não constituirá crime a entrada ou permanência durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência em cumprimento de lei ou regulamento militar, ou, então, a qualquer hora do dia ou da noite para acudir vítima de desastre ou quando alguma infração penal está sendo ali praticada ou na iminência de o ser.

Ocorre que essas hipóteses merecem releitura, de acordo com o texto constitucional, que, em certa medida, restringiu a primeira possibilidade do § 3º e ampliou outra.

A Constituição Federal, no inciso XI do art. 5º, permite o ingresso (e a permanência), primeiro, com a *autorização do morador*, situação que passará ao largo do delito em estudo, por não haver o clandestino, astucioso ou franco ingresso, a despeito da vontade do morador. Nesse caso, entendemos afastada a própria tipicidade, já que o tipo penal militar pressupõe discordância do sujeito passivo, ao consignar a expressão *quem de direito*. Por óbvio, essa autorização, quando dada pelo hóspede, advogado, contador, costureira, enfim, por quem ocupa habitação coletiva ou por quem exerce ofício ou profissão em local não aberto ao público, terá o mesmo efeito sobre a análise do delito, ou seja, tornará atípica a conduta.

Todavia, a autorização do morador – pede-se vênia para usar esta expressão em sentido lato, alcançando a habitação coletiva e o local do exercício profissional – nem sempre comporta situações evidentes, podendo haver o conflito de vontades de pessoas residentes no local. Por exemplo, quando o marido autoriza e a esposa não, quando a mãe autoriza e o filho se opõe etc. Nesse conflito, há que se considerar a natureza da relação entre as pessoas, se há horizontalidade ou verticalidade, ou igualdade e subordinação, como muito bem

realça Rogério Greco:

"O regime de subordinação é caracterizado pela relação de hierarquia existente entre os diversos moradores. Assim, por exemplo, os pais ocupam uma posição hierárquica superior em relação aos filhos que são dependentes deles e que ainda vivem sustentados por eles sob o mesmo teto. Em escolas, estabelecimentos comerciais, etc., devemos apontar aquele que, hierarquicamen-te, possui autoridade para permitir ou impedir o acesso de pessoas àqueles locais.

Ao contrário, quando estamos diante de um regime de igualdade, compete a todos os moradores, igualmente, o poder de permitir ou impedir o ingresso de pessoas no local onde elas se encontram. Como bem observado por Luiz Regis Prado, 'sob o regime de *igualdade*, pertence a todos os moradores o direito de inclusão/exclusão. Assim, quando se trata de habitação contendo vários cômodos independentes (v. g., república estudantil), materialmente reunidos, cada morador é dono de seu aposento e pode nele admitir quem quer que seja. Nos espaços comuns (v. g., corredores, saguões, escadas etc.) a autorização para entrada ou permanência pode provir de qualquer um dos moradores. Havendo conflito de vontades, predomina a vontade da maioria ou, em caso de empate, a negativa (*mellior est conditio prohibentis*)"**[1477]**.

Assim, por exemplo, como na administração do lar há a igualdade dos cônjuges, havendo conflito entre a vontade deles, prevalece a negativa. Por outro lado, na hierarquizada relação existente entre pais e filhos, prevalece a vontade daqueles, exceto, claro, se estes forem os provedores do lar onde, por exemplo, os pais, idosos ou enfermos, residem.

Outra hipótese constitucionalmente admissível de violação de domicílio é aquela do flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro. Notadamente, essa previsão do inciso XI do art. 5º da CF ampliou as hipóteses do inciso II do § 3º do art. 226, acrescentando a figura do socorro.

No que concerne à prestação de socorro em calamidade, parece ser de fácil compreensão.

Calamidade significa o evento de considerável proporção que afeta as

pessoas trazendo-lhes risco à saúde ou à vida, a exemplo de terremotos, enchentes, incêndios etc. Nesse contexto catastrófico, o ingresso na casa de alguém, por exemplo, para verificar as condições das pessoas residentes, não configurará delito, mesmo porque, se o autor do ingresso for particular, poderá estar em estado de necessidade; se militar, poderá estar em estrito cumprimento do dever legal.

A prestação de socorro, embora também possa estar ligada à calamidade, nela não se esgota, podendo abarcar outras situações de risco à saúde ou à vida de uma pessoa. Como exemplo, estará na prestação de socorro aquele que ingressa em uma casa para salvar uma pessoa de iminente crime contra a vida. Note-se que a situação de flagrância ainda pode não ser evidente, por exemplo, no caso de execução não iniciada, mas, mesmo assim, para prestar socorro, o ingresso será admitido.

A "Lei Maior" ainda permite a violação da casa na situação de prisão em flagrante delito, valendo aqui o parâmetro trazido pelos Códigos de Processo Penal (comum e militar) para essa definição, a exemplo do art. 244 do CPPM. A iminência da prática de delito, embora não constitua hipótese de flagrante, será, em certos casos que trazem risco à pessoa, abarcada pela prestação de socorro.

Algumas discussões, no entanto, têm sido travadas acerca da possibilidade de violação de domicílio no caso de prisão em flagrante. Em primeiro plano, discute-se se o domicílio violado pode ser qualquer um ou somente aquele em que ocorre o delito. Parece-nos lógico entender que a autorização se dá somente para o local da prática do delito; no entanto, não se pode negar que uma pessoa que pratica um delito em um imóvel e, por conta de perseguição, ingressa em outro, poderá estar em nova prática de infração penal – a exemplo de manter os moradores do segundo imóvel em cárcere privado – ou mesmo trazendo risco à vida dos ocupantes do imóvel em que ingressou pela segunda vez, quando seria evidente a necessiade de prestação de socorro.

Outra questão discutida está na possibilidade de violação de domicílio para a prisão por qualquer crime, ou somente para crimes que trouxessem risco à pessoa, guardando paralelismo com a prestação de socorro e a calamidade. Conforme Celso Delmanto, o paralelismo deve existir. Para ele:

"(...) interpretando-se sistematicamente o dispositivo, resta patente a intenção do legislador constituinte em exigir, *efetivamente*, a configuração de uma *verdadeira emergência* para que se admita a violação domiciliar a qualquer hora do dia ou da noite e sem determinação judicial. Seriam hipóteses, por exemplo, de crimes permanentes como a extorsão mediante sequestro, em que há *necessidade de prestar-se socorro imediato à vítima*, que corre perigo de vida etc., o que não se verifica em casos de crimes permanentes como a simples posse de entorpecente e de armas ilegais (...)"**[1478]**.

Com o devido respeito, as considerações do autor não contam com nossa anuência. Em primeiro lugar, a Constituição Federal não traz esse paralelismo, mas simplesmente a expressão "flagrante delito". Ademais, não nos parece lógico entender que o "asilo inviolável" possa ganhar tutela do Estado para a prática de ilícito penal, sob pena de serem negados outros valores que, aplicando-se a proporcionalidade, devem ser prevalecentes no caso concreto, a exemplo da incolumidade das pessoas. Assim, mesmo em um delito como a posse de entorpecentes, que não traga imediato risco às pessoas, entendemos ser lícita a violação de domicílio.

Tem-se entendido, ademais, que, referindo-se a "Constituição Federal à hipótese de 'flagrante delito', permite-se também a entrada no caso de contravenção"**[1479]**. Obviamente, se em um local se desenvolve atividade contravencional, por exemplo, jogo de azar pela exploração de máquina caça-níqueis, o ambiente não se incorporará no termo "casa", o que é mais uma razão para entender que a prática contravencional permitiria o ingresso em um ambiente onde a atividade se desenvolve.

Por fim, a Constituição dispôs que é possível o ingresso no domicílio por ordem judicial fundamentada e somente durante o dia. Essa previsão relativiza a contida no inciso I do § 3º do art. 226, que leva à compreensão de que, por decisão de autoridade policial, seria permitido o ingresso, o que, à evidência, foi restringido pela Constituição Federal, que consigna ordem judicial, hipótese viável tanto na execução de mandado de busca domiciliar como de mandado de prisão.

Outro problema temos na expressão "durante o dia", porquanto a

Constituição Federal não define o que se deve entender por "dia". Avaliando a questão, Alexandre de Moraes muito bem coloca as visões destoantes, a saber, a que adota o critério cronológico, defendido por José Afonso da Silva, entendendo dia como o horário compreendido entre as 6 horas e as 18 horas, e o critério físico-astronômico, sustentado por Celso de Mello, segundo o qual o dia compreende o período situado entre a aurora e o crepúsculo, o ocaso do sol. Posiciona-se o autor, aparentemente, por um critério híbrido, em que os dois anteriores influenciam:

"Entendemos que a aplicação conjunta de ambos os critérios alcança a finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite, resguardando-se a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após as 18:00 horas, desde que ainda não esteja noite (por exemplo: horário de verão)"**[1480]**.

Mais cautelosos que somos, preferimos entender a aplicação simultânea dos dois critérios, ou seja, o ingresso com ordem judicial em domicílio deve dar-se no período compreendido entre as 6 horas da manhã e as 18 horas, *desde que* ainda esteja presente a claridade pela natural luz do sol.

Urge, agora, discutir a compreensão do elemento típico *casa* – embora a rubrica do tipo penal mencione *domicílio*, na descrição típica consagra-se a palavra *casa*, devendo ser ela o objeto de análise –, frisando-se, em primeiro aporte, que, quando o tipo penal a adjetiva de *alheia*, não está a se referir à propriedade do imóvel, e sim à ocupação, de sorte que, como vimos, o proprietário locador (um militar da ativa, por exemplo) não pode ingressar no imóvel alugado (a outro militar da ativa) sob o pretexto de ser proprietário, configurando-se neste caso o delito.

A *casa* no aspecto constitucional possui concepção mais abrangente possível, porquanto se trata da dimensão política da tutela dos direitos individuais, abrangendo "'não só o edifício principal ou o simples aposento ocupado, mas também as dependências (pátios, jardins, quintais, granjas, estrebarias)', bem como todos 'os lugares particulares onde tenha o indivíduo o direito de se abrigar, morar e trabalhar sem ser molestado. E, também, 'os estabelecimentos rodantes ou casas flutuantes, que constituem espaço fechado e de habitação, usufruem de

idêntica garantia, são invioláveis. Admite-se, inclusive, que estabelecimentos comerciais, fechados ao público, são acobertados pela norma constitucional"[1481].

Essa compreensão ligada às liberdades públicas, no entanto, merece pequeno ajuste para a aplicação do direito penal militar, que possui compreensão do termo *casa*, por expressa inclusão e exclusão.

Muitos encontram no traslado puro da compreensão constitucional o seguro conceito de casa para o direito penal (comum ou militar).

Nesse sentido, por todos, *vide* Cezar Roberto Bitencourt. Após identificar equivalência jurídico-penal dos termos *domicílio* e *casa*, o autor, em primeiro aporte, amplia o conceito legal nos seguintes termos:

"As dependências de casa, para integrarem o conceito jurídico-penal de casa, devem ser cercadas (gradeadas ou muradas) e são espaços acessórios ou complementares da morada ou habitação; entendem-se como tais dependências os anexos ou compartimentos conjugados, como jardim, quintal, pátio, garagem, pomar adega etc. Os grandes jardins de grandes residências, quando não são cercados, não caracterizam dependências da residência, e, ademais, neles não se entra, pois são abertos"[1482].

Entendemos que, embora o conceito jurídico-penal de *casa* deva ganhar força expansiva, não pode coincidir exatamente com o conceito empregado pela Constituição Federal – aliás, justiça deve ser feita, o próprio Bitencourt, como veremos adiante, faz inferir de suas lições.

Bem verdade que a norma constitucional, ao não impor sanção, de qualquer ordem, de forma expressa ao violador, carece de norma infraconstitucional para, pela imposição de consequências, garantir o exercício da liberdade individual, mas não há um mandado de criminalização. Há, sim, uma inferência da necessidade de sancionamento de qualquer ordem (criminal, civil, administrativo etc.), em homenagem à máxima atribuída a Binding de que um preceito sem correspondente sanção é tão inócuo quanto um sino sem seu badalo[1483].

Nesse contexto, o conceito de casa não pode ser simplesmente

trasladado da Constituição Federal para o Código Penal Militar, mas há de passar por uma avaliação de *potencial* lesividade da conduta ao bem jurídico focado pela norma. Ora, se o tipo penal em estudo tem por objeto de tutela a intimidade da pessoa, não há que considerar casa apenas o espaço físico, ainda que cercado de uma propriedade, mas o espaço físico, ligado ao ânimo de habitação, hospedagem ou mesmo exercício profissional, acrescido de uma avaliação de tutela da intimidade, segundo a qual esse espaço físico deverá estar obstando o desenvolvimento secreto da vontade do indivíduo. Fora dessa compreensão, não se pode falar em subsunção ao tipo penal, embora se fale em violação do dispositivo constitucional em sentido amplo – como deve ser – da violação de *casa* alheia, merecendo o autor da conduta, simplesmente, a apreciação sob o enfoque disciplinar e civil (em caso de dano).

Como suscitado acima, o próprio Cezar Roberto Bitencourt parece anuir nessa visão, ao dispor:

"(...) O que caracteriza a *dependência* da morada é a sua proximidade e interdependência, e as atividades ali *desenvolvidas são intimamente necessárias* aos seus moradores"**[1484]**. (g. n.)

Pelo exposto, deve-se ter por mote para a compreensão do termo casa as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 226 do Código Penal Militar, também com foco no objeto da tutela penal.

O inciso I do § 4º do art. 226 do CPM compreende casa, em primeiro momento, como qualquer local habitado, o que leva a uma interpretação extensiva do termo, abarcando as adjacências do imóvel principal, a exemplo de quintais, edículas etc., desde que sejam redutos de exercício da intimidade do indivíduo. Obviamente, necessário se faz que as dependências possuam clara sinalização de restrição nesse sentido, a exemplo de cercas, cercas vivas, sob pena de, como propôs acima Bitencourt, não haver o *ingresso*, ou de a violação não ser culpável pela incidência do autor em erro de fato essencial (art. 36 do CPM).

Note-se que não se fala local ocupado pelo morador, mas habitado, valendo dizer que, claro, mesmo estando ausente, o morador do local, por ser

habitado, estará compreendido no termo. Não se exige a efetiva lesão à intimidade, mas a potencial lesão (crime de perigo).

Outro ponto relevante é que não se pode confundir domicílio processual civil com domicílio penal (*casa*). Este está ligado à intimidade e à vida privada da pessoa, ou seja, configura-se no recôndito mais reconhecido do indivíduo, onde ele se fixa com ânimo de morada, ainda que o local seja móvel (*trailer*, *motor-home* etc.) e precário (choupanas, barracas etc.). Aquele, por outro bordo, significa o local de maior probabilidade de a pessoa ser encontrada para a citação, intimação ou notificação de ato judicial. Como sabemos, na estrutura do Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), a citação pode ocorrer no domicílio da pessoa, como demandam algumas regras, a exemplo do art. 227 desse Código. Um dos locais propícios para esses atos em relação ao militar é o quartel onde ele serve (e.g., parágrafo único do art. 216 do CPC), razão pela qual, em jargão de caserna, sustenta-se que "o domicílio do militar é o quartel". Essa construção, no entanto, inaugura um comum e absurdo equívoco, segundo o qual já vimos sustentarem que se o domicílio do militar é o quartel, quem ingressa em quartel pratica violação de domicílio, ou ainda que alojamentos dos quartéis possuem tutela constitucional e penal como *casa*.

Absurda a conclusão. Obviamente, quartéis e seus alojamentos não são *casa* na acepção penal militar – nem mesmo na acepção constitucional –, porquanto não se equiparam ao local onde o indivíduo busca a sua intimidade, o seu recato. Ademais, os prédios da Administração Militar não se prestam a outro objetivo senão o de promover o cumprimento das missões constitucionais da instituição militar, não podendo ganhar o atributo de *casa*.

Isso não quer dizer, no entanto, que situações específicas não possam excepcionar esta regra. Exemplificativamente, enxergamos especialmente na Polícia Militar do Estado de São Paulo alguns prédios que foram transferidos do patrimônio da Secretaria de Educação para a Secretaria de Segurança Pública, isso por uma reestruturação das necessidades da Administração como um todo. Eram escolas e se tornaram quartéis. Imaginemos que, em um desses prédios, o zelador da outrora escola continue morando com sua família em uma casa no interior do terreno, mesmo após a transferência do prédio para a Secretaria de

Segurança Pública. Neste caso, à exceção, o termo casa compreenderá o ambiente onde o zelador reside, configurando-se o delito se alguém ali ingressar ou permanecer fora das hipóteses legais.

Uma outra exceção está nas vilas militares, devendo-se entender que os locais comuns pertencem à Administração Militar, mas as residências ocupadas (próprios nacionais residenciais) estão tuteladas pela proteção constitucional e penal militar. O mesmo se diga do quarto de hotel de trânsito ocupado.

A lei penal militar foi além na previsão típica de *casa*, estendendo o conceito nos incisos II e III do § 4º do art. 226. Pelos citados incisos, também se consideram *casa* no aspecto penal militar o aposento ocupado de habitação coletiva e o compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade.

Aposento ocupado de habitação coletiva, como é evidente, engloba os quartos de hotel, de pensão, de motel, de mosteiros, de colégios internos etc. No entanto, se os quartos estiverem desocupados, nos termos da alínea *a* do art. 174 do CPPM e do inciso I do § 5º do art. 226 do CPM, não estarão abrangidos pelo termo "casa". Neste conceito, como já indicamos, enquadram-se os hotéis de trânsito das instituições militares.

Compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade presume, obviamente, profissão e atividade lícitas não configuradoras de infrações penais, não se prestando a tutela penal – e nem poderia ser de outra forma – para encobertar ambientes em que atividades penalmente ilícitas são conduzidas, ou seja, prática de crimes ou contravenções. Aliás, assim dispõe o art. 174 do Código de Processo Penal Militar, consignando, em sua alínea *a*, que o termo casa não compreende a *habitação usada como local para a prática de infrações penais*. Embora o dispositivo se refira à habitação, entendemos ser melhor aplicado ao local do exercício profissional. No que se refere à habitação, como já expusemos, se a atividade for criminosa ou configuradora de contravenção penal, poderá constituir-se caso de flagrância, cujo ingresso é constitucionalmente permitido.

Também não possuem a tutela de local de exercício de atividade ou profissão, como enumeram a letra *b* do art. 174 do CPPM e o inciso II do § 5º do art. 226 do CPM, tavernas, boates, casas de jogo e outras do mesmo gênero. Por essa previsão podem ser excluídas casas de prostituição, cassinos, restaurantes, prostíbulos, exceto quando fechados, ou seja, com suas atividades encerradas. Não são compreendidas nesse conceito, ademais, as repartições públicas**[1485]**. Da mesma forma, os bares não são casa**[1486]**.

A propósito dos bares, uma questão tem incomodado bastante sem ser adequadamente enfrentada, qual seja, a visão de alguns de que a área atrás dos balcões dos bares, por não serem abertas ao público, estariam compreendidas no conceito penal de "casa". Com a devida vênia, entendemos que não há de prosperar essa visão. Em primeiro aporte, a intimidade da pessoa, bem jurídico focado pelo tipo incriminador em estudo, não está preservada atrás de um balcão, posto que as condições de utilização expõem o atendente a todos os que ingressam naquele ambiente, podendo-se afirmar que, se o agente, mesmo que tenha a intenção de violar domicílio, busca ingressar ou permanecer em área atrás do balcão, estará em prática de *crime impossível* pela impropriedade do objeto. Note-se nessa construção que o objeto de tutela jurídica não é o patrimônio – frise-se que o crime está no Capítulo VI, dentro do Título IV, do Livro I, da Parte Especial do Código Penal Militar, tutelando-se a liberdade individual e não o patrimônio –, de sorte que não se trata de uma violação patrimonial, mas ideal, ligada à intimidade do indivíduo, faceta de sua liberdade. Citando o direito comparado, especificamente Maria Carmen Figueroa Navarro, Cleonice Pitombo dispõe em seu livro:

"(...) o Tribunal Constitucional Espanhol admitiu 'a existência de conceito constitucional de domicílio, de maior largueza, do que o jurídico-privado, ou jurídico-administrativo; dizendo-o como um espaço, no qual o indivíduo vive sem estar sujeito, necessariamente, aos usos e convenções sociais; e exerce sua liberdade mais íntima, de forma que não é, apenas, objeto de proteção o espaço físico, em si mesmo considerado, mas a emanação da pessoa e de sua esfera privada'. Destaca, ainda, a autora, decisão do Tribunal Supremo espanhol, que tentou definir domicílio como sendo 'lugar secreto, pertencente apenas a seu titular, base natural para desenvolver ao máximo a projeção de seu

eu, de seus interesses, gostos e preferências. É o pequeno âmbito territorial e físico que se deseja; constitutivo do domicílio vai, intimamente, unido à pessoa, porque é a única dona e senhora do mesmo, exercendo com exclusividade e sem mácula alguma, seu domicílio e senhorio. É um espaço limitado que o próprio sujeito elege para quedar-se imune a qualquer agressão exterior. Sua inviolabilidade garante o âmbito de privacidade da pessoa' (Entrada y registro em domicilio, Madrid: Tecnos, 1994, p. 12)"**[1487]**.

Ademais, deve-se verificar que a norma tutela *compartimento* não aberto ao público, o que não se presta à área atrás do balcão, já que o ambiente aberto ao público do bar constitui um compartimento único, um ambiente que pode ser acessado pelas pessoas.

Atenção especial deve ser dada ao escritório do advogado, porquanto, além de constituir local de exercício profissional, por força do inciso II do art. 7º da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), com a redação que lhe deu a Lei n. 11.767, de 11 de agosto de 2008, tem sua inviolabilidade reconhecida. Dispõe o referido inciso que o advogado tem direito à *inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia*. Embora alguns sustentem ter havido uma amplitude da previsão de inviolabilidade, entendemos que a premissa aqui deva ser a mesma, ou seja, devem-se considerar "casa", nos termos da lei penal militar, os ambientes não abertos ao público, e não, por exemplo, uma sala de espera, aberta para qualquer pessoa ingressar.

O § 1º do art. 226 traz uma forma qualificada, elevando a pena cominada para detenção de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência, quando *o crime for cometido durante o repouso noturno, ou com emprego de violência ou de arma, ou mediante arrombamento, ou por duas ou mais pessoas.*

Repouso noturno não se confunde com noite. Esta ocorre do pôr ao nascer do sol. Aquele é o período que, convencionalmente, se tem por período de descanso no turno da população, sendo aceito consuetudinariamente o período compreendido entre as 22 horas e as 6 horas. Naturalmente, pela impossibilidade

de resistência de quem está em repouso, não alerta, a conduta merece maior reprovação, sendo por isso forma qualificada.

Por emprego de violência, embora existam construções em sentido contrário, deve-se entender com o uso de força física (*vis corporalis*), e não moral (*vis compulsiva*), porquanto, se assim fosse, o legislador grafaria também a grave ameaça, como fez em alguns tipos penais. Aqui, somente haverá a forma qualificada com violência contra a pessoa natural, não compreendendo a violência contra coisa. Note-se, entretanto, que o *arrombamento*, ou seja, a violência física contra coisa com o intuito de ingressar no ambiente, também qualifica o delito pela mesma previsão do § 1º do art. 226 do CPM, excluindo-se, todavia, a simples violência, como no caso de destruição de objetos no interior da casa.

O *emprego de arma* como qualificadora exige a efetiva utilização do objeto, não bastando que seja ela portada. Aqui também se deve notar que o tipo penal não menciona arma de fogo, mas apenas *arma*, donde se conclui que pode tratar-se de arma própria (branca ou de fogo), ou seja, aquela idealizada com o fim de causar injúria à integridade física de pessoa ou animal, como revólveres, pistolas, faca, soco inglês etc., como arma imprópria, ou seja, aquela não idealizada para ofender a integridade física, mas que, desvirtuando-se sua utilização, tem esse poder, por exemplo, machado, cutelo, martelo, taco de beisebol etc. A arma de brinquedo, acompanhando o que dispusemos ao tratar do constrangimento ilegal, não é apta para a qualificação do delito, à luz do que foi decidido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no já citado Recurso Especial n. 213.054/SP, julgado em 23 de outubro de 2002, que teve por relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Quando o crime for praticado *por duas ou mais pessoas* também haverá a forma qualificada. Observe-se que aqui – diferentemente do § 1º do art. 222 do CPM (constrangimento ilegal), em que se consigna como causa especial de aumento de pena a *reunião* de mais de três pessoas na *execução do crime*, o que afastaria a participação – a lei penal militar fala em prática de crime por duas ou mais pessoas, podendo haver a codelinquencia sob qualquer forma. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt ensina:

“(...) o concurso de pessoas, por si só, dificulta, quando não elimina, as possibilidades de resistência da vítima; torna muito mais grave o desvalor da ação praticada em concurso, independentemente da natureza da *participação* de cada um, se coautoria ou participação em sentido estrito. Quando o Código exige *participação efetiva* na execução do crime, fá-lo expressamente, como ocorre no art. 146, § 1º; logo, a contribuição do *partícipe* também é computada. Essa desproporcionalidade de forças e de probabilidades de vantagens entre sujeitos ativos e vítima fundamenta e justifica essa qualificadora”**[1488]**.

Nesse número, inclusive, poderá estar incluída pessoa inimputável, em função da teoria da *acessoriedade limitada da participação*. Segundo essa teoria, “para punir o *partícipe*, é suficiente que a ação praticada pelo autor principal seja *típica* e *antijurídica*, sendo indiferente a sua *culpabilidade, podendo assim, inclusive, ser isento de pena* (...)”**[1489]**.

O § 2º do art. 226 apresenta uma causa especial de aumento de pena, majorada em um terço quando o fato é cometido por *militar em serviço ou por funcionário público civil, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades prescritas em lei, ou com abuso de poder*.

Em primeiro aporte, entendemos que a previsão *em serviço* pode abranger a atividade do militar de qualquer natureza, desde que pela Instituição Militar, não sendo restrita a aplicação da majorante, já que o legislador não o fez, por exemplo, com a expressão “função de natureza militar”. No que concerne ao funcionário público civil, sempre é preciso lembrar que a hipótese ocorre somente no âmbito federal, já que, como consignamos nos comentários à Parte Geral, elegemos por premissa que o civil, um não militar, não comete crime militar no âmbito estadual.

No que respeita ao modo de execução *fora dos casos legais ou com inobservância das formalidades prescritas em lei*, entendemos por equivocada a redação da majorante, porquanto, por si só, quem viola domicílio na previsão simples estará em caso não abarcado pela lei e sem a observância de formalidades prescritas em lei. O mesmo se diga do caso da violação de domicílio *com abuso de poder*, que pressupõe exercício da função do militar ou

do funcionário público civil, já que toda violação é abusiva. Melhor entender que a majorante incide simplesmente quando o funcionário público civil ou o militar estejam investidos na função ou em serviço. Assim, por exemplo, um militar da ativa que, de folga, viole o domicílio de outro militar da ativa, não terá essa majorante influenciando na aplicação da pena, ao contrário daquele que, em serviço, viole o domicílio de um cidadão, o que por si só constituirá abuso de poder, inobservância de formalidade legal e caso de violação não amparado pela lei.

Contudo, aqui surge um novo conflito aparente de normas da forma majorada em estudo com o art. 3º, *b*, da Lei n. 4.898/65.

Acerca do assunto, mais uma vez, os ensinamentos de Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio:

“Questão complexa diz respeito à violação de domicílio praticada por funcionário público no exercício de suas funções, em flagrante abuso de poder. Nessa hipótese, concordamos com Alberto Silva Franco, para quem deve ser aplicado o tipo penal qualificado previsto no art. 150, § 2º, do Código Penal, pois o abuso de poder constitui circunstância legal específica de outro crime. Em sentido contrário, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas entendem que deve ser aplicado o art. 3º, *b*, da Lei n. 4.898/65, em virtude do princípio da especialidade”**[1490]**.

Ainda em sentido oposto posiciona-se Guilherme Nucci, para quem “se a autoridade invadir domicílio, sem as formalidades legais, pensamos configurar o delito previsto no art. 3º, *b*, desta Lei, e não o disposto no art. 150 do Código Penal, em face do princípio da especialidade. Assim ocorre, justamente porque o objeto jurídico principal é a dignidade da função pública estatal. A autoridade que invade domicílio comete a figura típica especial; qualquer do povo que faça o mesmo incide no tipo penal do referido art. 150 do CP”**[1491]**.

Concordando com Smanio e Alexandre de Moraes, se o intento era violar domicílio, o abuso acaba tornando-se subsidiário, prevalecendo o delito do art. 226 com a majoraçao do § 2º. Ademais, deve-se lembrar que o CPM e a

Lei n. 4.898/65, nos tipos em conflito, possuem elementos especializantes intensos, não sendo esse critério seguro para a solução do conflito aparente de normas; deve-se valer do critério da sucessão temporal das leis penais, frisando-se que a Lei de Abuso de Autoridade surgiu em 1965, enquanto o Código Penal Castrense, em 1969, já tendo este como conteúdo informativo aquela lei, concluindo-se que, mesmo conhecendo o delito de abuso de autoridade, o legislador penal militar desejou desconstituí-lo como autônomo, colocando-o como majorante de outro crime.

• **Elemento subjetivo:** o elemento subjetivo neste delito é o dolo, a vontade livre e consciente de invadir o domicílio, sem necessidade de que haja específica finalidade.

Parte dessa conclusão nossa inconformidade com a previsão do Código Penal Militar para o erro de direito (art. 35 do CPM).

No estudo específico da temática vale ser transcrito exemplo que demonstrará sem sutilezas a incongruência em haver duas roupagens legais para um mesmo fato. Extraído da obra do Prof. Jorge Alberto Romeiro, tornou-se clássico e não foi combatido pela doutrina. Consiste na seguinte afirmação:

“Alguém invade compartimento não aberto ao público onde outrem exerça profissão, supondo não estar violando um domicílio.

De acordo com o CPM, trata-se de erro de direito e, com o CP comum, de erro de tipo, pois está escrito, em ambos os códigos, que o compartimento em foco é abrangido pela expressão ‘casa’ equivalente a domicílio (§ 4º, inciso III, dos arts. 226 e 150 do CPM e do CP comum).

Assim, por aplicação do CP comum, poderia haver isenção de pena, uma vez que o crime de violação de domicílio não é previsto como culposo (art. 20); enquanto por aplicação do CPM, não. A pena teria de ser imposta, na forma de seu art. 35, a cujo exame se passará em seguida”[1492].

Ex vi legis, o erro de direito permite no máximo a mitigação da culpabilidade, notadamente pela substituição da pena cominada por uma mais branda ou pela atenuação – nos parâmetros do art. 73 do CPM, na ausência do *quantum* na expressa previsão do art. 35 do mesmo diploma –, o que está

absurdamente em desalinho com a doutrina contemporânea, sobretudo no que tange à nova compreensão do dolo.

Como se sabe, a moderna dogmática acena no sentido de que o dolo se traduz pela consciência dos elementos caracterizadores do tipo penal e pela vontade de preenchê-los ou, como muito bem sintetiza Bitencourt, "dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto"**[1493]**, ou, ainda, nos dizeres de Cirino dos Santos, "o dolo, conforme conceito generalizado, é a vontade consciente de realizar um crime, ou, mais tecnicamente, o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal. Assim, o dolo é composto de um elemento intelectual (consciência, no sentido de representação psíquica) e de um elemento volitivo (vontade, no sentido de decisão de agir), como fatores formadores da ação típica dolosa"**[1494]**.

Exatamente no *elemento intelectual* é que reside a base de questionamento para o instituto ora atacado. Investigando acerca da extensão do conhecimento exigida, ter-se-á a base para afastar a aplicação do erro de direito. É dizer, delimitando exatamente qual a profundidade de conhecimento do injusto penal, visto como *tipicidade antijurídica*, exigida para se concluir por uma conduta dolosa, poder-se-á assentir na aplicação do dispositivo do art. 35 ou sustentar, como entendemos mais adequado, que, conquanto não haja a previsão legal, o dolo pode ser excluído da conduta, tal como ocorre no erro de tipo, no Código Penal comum.

Ademais, temos também no Código Penal Militar como norte a excepcionalidade do crime culposo (art. 33, parágrafo único), valendo dizer que toda e qualquer conduta culposa não será reprimida caso a lei, especificamente a parte que trata dos crimes em espécie (Parte Especial), não enuncie essa possibilidade expressamente.

No mesmo sentido, temos a legalidade (art. 1º do CPM) como base de todo o sistema vigente, constituindo princípio irrefutável da ciência penal, especial ou comum. A *forma básica do Direito Penal moderno*, nas palavras de Mirabete, traduz a impossibilidade de responsabilização do indivíduo, sem que lei anterior ao fato o tipifique como crime (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Ora, se não há crime sem lei anterior, que dizer se o fato nem sequer é tipificado?

Portanto, ainda que o art. 35 do CPM permita apenas a atenuação da pena, ou substituição por outra mais branda, com certeza o episódio citado da invasão a domicílio não merecerá reprimenda por ser fato atípico.

Nos comentários à Parte Geral, ainda trouxemos argumentos para afastar a aplicação do art. 35 do CPM, arrimados no princípio da culpabilidade, para onde remetemos o leitor.

• **Consumação:** o delito se consuma quando a vítima transpõe o limite físico que separa o domicílio do mundo externo, ou quando, já no interior do ambiente, recusa-se a sair em face da não anuência de permanência de quem de direito. Não é necessário, note-se, que haja a efetiva lesão da intimidade, bastando apenas haver essa potencialidade na conduta, como no caso de ausência do morador (crime de perigo).

• **Tentativa:** é possível, por exemplo, no caso em que o autor é surpreendido após arrombar a fechadura ou escalar o muro que cerca o local.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.3. Dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência ou comunicação

O crime de violação de correspondência, capitulado no art. 227 do Código Penal Militar, inaugura a Seção III do Capítulo VI, que trata dos crimes contra a liberdade, portanto, também aqui há a tutela individual.

6.3.1. VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA

• **Tipo legal**

Art. 227. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência privada dirigida a outrem:

Pena – detenção, até seis meses.

§ 1º Nas mesmas penas incorre:

I – quem se apossa de correspondência alheia, fechada ou aberta, e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói;

II – quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza, abusivamente, comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;

III – quem impede a comunicação ou a conversação referida no número anterior.

Aumento de pena

§ 2º A pena aumenta-se de metade, se há dano para outrem.

§ 3º Se o agente comete o crime com abuso de função, em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico:

Pena – detenção, de um a três anos.

Natureza militar do crime

§ 4º Salvo o disposto no parágrafo anterior, qualquer dos crimes previstos neste artigo só é considerado militar no caso do art. 9º, n. II, letra a.

• **Objetividade jurídica:** tutela-se a liberdade individual da pessoa

natural, buscando preservar sua intimidade e vida privada pelo reconhecimento da inviolabilidade da correspondência e da comunicação telegráfica, radioelétrica e telefônica.

A tutela em questão é arrimada no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, ganhando notoriedade, em parte, pelo disposto no inciso XII, segundo o qual "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

A tutela penal comparada ao dispositivo da Lei Maior, portanto, apenas não previu o sigilo de dados, cuja violação poderá configurar outro delito, a exemplo do capitulado nos arts. 228 ou 230 do CPM. Por outro enfoque, o tipo penal em estudo buscou tutelar a comunicação radioelétrica, não prevista expressamente na Constituição Federal.

A propósito da intimidade e da vida privada, *vide* explanação de José Afonso da Silva, nos comentários ao artigo anterior.

Seja como for, ao violar correspondência ou praticar as condutas assimiladas, desautorizadamente, seja pela lei, seja pelo destinatário, o agente estará devassando a vida privada e a intimidade do sujeito passivo, daí a previsão típica em estudo.

Com base no dispositivo constitucional, há que se perguntar se alguma violação de correspondência é lícita, porquanto, a Constituição Federal, ao utilizar a expressão "salvo, no último caso, por ordem judicial", leva ao entendimento de que somente a comunicação telefônica admitiria violação por ordem judicial – como, aliás, está regulamentado na Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, sendo as demais absolutamente invioláveis.

Sobre o assunto, Cezar Roberto Bitencourt postula:

"(...) pode-se afirmar, com segurança, todas as exceções legais relativas ao sigilo de correspondência são inconstitucionais. (...). Assim, toda e qualquer apreensão de correspondência com fundamento nesse dispositivo, *é inconstitucional* e, como tal, constitui *prova ilícita* (...).

(...). O *constituinte* brasileiro, *a contrario sensu*, reforçou essa garantia constitucional, que assume a condição de dogma: não admite nenhuma exceção! (...)

Nessa linha, é absolutamente *inconstitucional* a 'devassa' do conteúdo da correspondência destinada a preso, realizada pelas autoridades penitenciárias. O preso não é *res*, e a própria Lei de Execução Penal assegura-lhe todos os direitos que não forem atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º), dentre os quais destaca-se a *inviolabilidade da correspondência*"**[1495]**.

Com a mesma compreensão, agora voltada para o Processo Penal, posiciona-se Mirabete:

"(...) está revogado o dispositivo que permite a apreensão de correspondência, pois o princípio da inviolabilidade de seu sigilo tornou-se, sem dúvida, inatacável, como se conclui do mandamento constitucional citado, que só faz exceção à possibilidade de violação por ordem judicial das comunicações telefônicas. Proibida a violação de correspondência, ilícita também a sua interceptação ou apreensão. Apreendida a correspondência, é ela prova obtida ilicitamente, inadmissível no processo"**[1496]**.

Na linha dos autores, não só a correspondência, mas também os dados e as comunicações telegráficas não podem ser violados, nem mesmo por ordem judicial.

Mas, obviamente, não é essa a única interpretação viável.

Em sentido oposto, Guilherme Nucci consigna:

"Há quem sustente ser a correspondência inviolável de maneira absoluta, pois o referido inciso XII somente abriu possibilidade da violação da comunicação telefônica, por ordem judicial e para fins de investigação de processo criminal. Assim não pensamos (...). Em síntese, parece-nos que as garantias individuais, constantes do art. 5º da CF, não são absolutas, merecendo interpretação lógico-sistemática. Não se previu no art. 5º, XII, uma imunidade sem precedentes para toda e qualquer correspondência. Se assim fosse, as cartas

recebidas e enviadas por presos jamais poderiam ser abertas por agentes do presídio, o que, na prática, ocorre e já foi considerado procedimento válido por vários tribunais, inclusive pelo STF. Logo, parece-nos perfeitamente válida a violação da correspondência de pessoa presa – por questões de segurança do estabelecimento prisional – bem como, se autorizado pelo juiz, do acusado, quando as cartas forem apreendidas regularmente (art. 240, § 1º, *f*, CPP). Assim também é a posição de Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas (*Abuso de autoridade*, p. 36)"**[1497]**.

Vide, ainda, no caminho da possibilidade de violação da correspondência, César Dario Mariano, que, com perspicácia, sustenta:

"Quanto à apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando existir suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do delito (...), embora a doutrina majoritária entenda que esse dispositivo não fora recepcionado (...), acreditamos que é perfeitamente possível sua utilização em juízo.

É que a inviolabilidade da correspondência ocorre até o instante em que ela cumpre seu papel de instrumento de comunicação. A partir do momento em que chegou ao receptor, deixou de ser considerada correspondência e passou a ser um documento qualquer, passível de ser apreendida por ordem judicial.

(...)

Ademais, mesmo que assim não se entenda, em casos excepcionais e graves, aplicando-se a teoria da proporcionalidade, é perfeitamente possível a utilização desses documentos como prova judicial. Isso porque, discordando de Avolio, nenhuma garantia ou direito constitucional pode ser considerado absoluto.

Ora, se tivermos, de um lado, o direito à intimidade de um traficante de drogas, e, de outro, o direito à vida, segurança e saúde da sociedade, certamente estes últimos deverão prevalecer, pois são bem mais importantes"**[1498]**.

Ladeamo-nos a César Dario e a Guilherme Nucci. Com efeito, não há explicação racional para permitir que a tutela da intimidade possa levar à

proteção, à impunidade de criminosos em qualquer situação, devendo-se aplicar o princípio da proporcionalidade. Será possível, nessa temperança e no âmbito da *busca pessoal e não domiciliar*, a interceptação e apreensão, até mesmo sem ordem judicial, em situações extremadas, por exemplo, em um presídio. Nessa esteira, *vide* o *Habeas Corpus* n. 70.814-5/SP, decidido em 24 de junho de 1994, pelo Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Celso de Mello:

"A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem pública, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas".

Princípio de extrema instrumentalidade, contemporizador de situações em que princípio, valores etc. colidem, o *princípio da proporcionalidade* traz uma lógica toda especial ao sistema. Sobre ele, como poucos, Guilherme Madeira expôs:

"Robert Alexy e a doutrina brasileira apresentam três elementos da proporcionalidade (...):

a) adequação;

b) necessidade;

c) proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação significa que o meio utilizado deve ser capaz de fomentar a obtenção do resultado pretendido. A necessidade, ainda, segundo Virgilio Afonso da Silva, significa: 'um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor escala, o direito fundamental atingido. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito significa o 'sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva'"**[1499]**.

Em suma, consagra-se a necessidade de verificar se a violação de correspondência consegue sobreviver àquilo que o autor tem chamado de “teste de proporcionalidade”, sendo possível, portanto, a restrição a um direito fundamental se, após a aplicação dos critérios, concluir-se que a medida era necessária.

Assim, por exemplo, na apuração de um delito de homicídio em que uma correspondência seja a única prova hábil a demonstrar o ilícito, entendemos que a busca domiciliar autorizada pelo juiz poderá ter o escopo de apreendê-la, porquanto seria o meio adequado para a obtenção da prova (*adequação*), seria ademais, meio soberano a demonstrar o ilícito (*necessidade*) e, finalmente, no confronto entre a inviolabilidade da correspondência e a necessidade de garantir a integridade física e a vida de outras pessoas que possam ser vitimadas por um homicida, parece proporcional a autorização da apreensão judicial de cartas (*proporcionalidade em sentido estrito*).

O mesmo teste pode ser conduzido em outras violações, como a violação de correspondência de preso pelo diretor do presídio – por exemplo, Comandante do Presídio Militar Romão Gomes da Polícia Militar do Estado de São Paulo –, mesmo sem ordem judicial, de sorte que, em conclusão, não concordamos com a absoluta inviolabilidade da correspondência, dos dados, das comunicações telegráficas etc.

• **Sujeitos do delito:** em primeira análise, o sujeito ativo poderia ser qualquer pessoa. Todavia, por previsão expressa do § 4º do art. 227, o delito em comento somente pode ser praticado por militar, entendendo-se como tal o militar da ativa, já que a norma manda aplicar para a caracterização de crime militar a alínea *a* do inciso II do art. 9º do CPM.

Há, no entanto, uma exceção, em que o crime pode ser praticado por um não militar, mais ainda assim um crime próprio. Trata-se da prática do delito com abuso de função por pessoa que trabalhe no serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico.

Ainda em relação ao sujeito ativo, na violação de correspondência, o próprio remetente não pode ser sujeito ativo, pois, por suposto, já conhece o

conteúdo da correspondência.

O cônjuge, assim assina a doutrina majoritária, não pode ser sujeito ativo do delito. Nesse sentido, por todos, Guilherme Nucci:

"É complexa a questão da violação de correspondência praticada pelo marido com relação à mulher ou vice-versa. Há franca divergência doutrinária e jurisprudencial. Preferimos, no entanto, a posição daqueles que sustentam a licitude da conduta, pois o casamento traz para o casal direitos e deveres incompatíveis com o estado de solteiro, situação de maior isolamento e privacidade do ser humano. É preciso considerar que determinadas regras, válidas para quem cuida da própria vida, sem dever satisfação a ninguém, não são aplicáveis para a vida em comum fixada pelo matrimônio. Não é cabível sustentar uma inviolabilidade total da correspondência, pois há situações que não podem aguardar, como retorno de uma viagem (...)"**[1500]**.

Com efeito, é possível sustentar a licitude da violação por um cônjuge, por exemplo, quando há autorização para que a esposa abra e conheça o conteúdo da carta, autorização essa que o matrimônio torna presumida; portanto, não se preencherá a elementar normativa "indevidamente".

Contudo, *a priori*, não se pode dizer que sempre isso ocorrerá. É possível que o casal tenha acordado em que um não deve violar a correspondência do outro, quando, então, o crime poderá ocorrer. Por outro lado, às vezes, o caso concreto poderá guardar singularidades, como o erro de fato, por exemplo, quando a esposa pressupõe a autorização e o marido não anui nesse sentido, afastando-se o dolo e a culpabilidade, nos termos do art. 36 do CPM. Outro bom exemplo de caso específico está na possibilidade de o cônjuge traído conhecer o conteúdo de correspondência do cônjuge traidor, quando entendemos haver exclusão da ilicitude em razão de legítima defesa da honra.

Os cegos e os analfabetos não podem ser sujeito ativo do tipo penal constante do *caput* do art. 227 do CPM, já que não podem violar o conteúdo da correspondência.

O sujeito passivo sofre a mesma restrição do sujeito ativo, ou seja, em regra, é militar da ativa, por aplicação também do § 4º do art. 227 do CPM.

Cumpre lembrar que, na violação de correspondência, há discussão acerca da possibilidade de o remetente e o destinatário serem sujeito passivo do delito (“sujeito passivo duplo”), assistindo razão a Bitencourt ao sustentar que isso é possível, porém, enquanto a correspondência não chega às mãos do destinatário, pertence ao remetente, que, nesse caso, será o único sujeito passivo[1501].

• **Elementos objetivos:** a conduta nuclear do *caput* do art. 227, com similar previsão no art. 151 do CP, é *devassar*, que significa, por qualquer meio, conhecer, descobrir, perscrutar o conteúdo da correspondência.

Não é necessário que a correspondência seja aberta; basta o conhecimento do conteúdo, ainda que nem seja lida por inteiro, apenas pela captação do conteúdo, por exemplo, por uma simples olhada em uma frase, uma palavra etc. No entanto, estando aberta a correspondência quando chegar às mãos do sujeito ativo, o crime não ocorrerá, visto que o sigilo dessa comunicação já foi violado. Nesse último sentido, *vide* do Superior Tribunal Militar o *Habeas Corpus* n. 33891/AM (Proc. n. 2004.01.033891-8), julgado em 6 de abril de 2004, relator o Ministro José Coêlho Ferreira:

“*HABEAS CORPUS* – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ATIPICI-DADE – FALTA DE JUSTA CAUSA – CONCUSSÃO – ART. 305 DO CPM – VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA – ART. 227 DO CPM .

1. Concussão em coautoria: corréus denunciados pela mesma situação fática obtiveram a concessão da ordem em outro *writ* impetrado com o mesmo fim (HC n. 2003.01.033830-6/AM);

2. Pedido de extensão da ordem concedida com espeque no art. 515 do CPPM e precedentes jurisprudenciais;

3. Violação de correspondência: não é típica a conduta de quem toma conhecimento do conteúdo de envelope encaminhado em mãos, *aberto* e contendo certidões de antecedentes criminais.

4. Ordem concedida, à unanimidade, para o trancamento da ação penal por falta de justa causa quanto ao crime de concussão e, por maioria, em

relação ao crime de violação de correspondência". (g. n.)

Esse conhecimento deve ser indevido, ou seja, sem a autorização do remetente, ou então contrariando norma regulamentadora, surgindo, pois, um elemento normativo do tipo penal, que demandará um juízo de valor pelo aplicador da lei penal militar**[1502]**.

O objeto material da figura do *caput* é a correspondência, definida, segundo o art. 47 da Lei n. 6.538, de 22 de junho de 1978, como "toda comunicação pessoa a pessoa, por meio de carta, através de via postal ou telegrama". Para a doutrina, no entanto, correspondência é a "comunicação ou transmissão de pensamento de uma pessoa a outra, reproduzida ou fixada numa coisa"**[1503]**, o que inclui as novas modalidades de comunicação registradas em discos eletromagnéticos (disquete, CD etc.).

As comunicações por endereço eletrônico (*e-mails*), embora possam, pela abrangência da definição, ser enquadrados no conceito de correspondência, pela forma como são veiculados, tem-se entendido estarem sujeitos ao mesmo conceito de comunicação telefônica. Nesse sentido, dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, que trata da interceptação das comunicações telefônicas: "O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática". Por óbvio que essa visão, que mais nos apraz, é contestada. Acerca dessa contenda, com peculiar perspicácia, André Vinicius de Almeida consigna:

"A norma insculpida no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal estabeleceu uma reserva de lei qualificada quanto à possibilidade de restringir-se o sigilo das comunicações telefônicas. Ou seja, além de exigir-se uma lei, esta deveria necessariamente prever a existência de uma ordem judicial condicionando a medida, e limitando a sua incidência apenas a casos de investigação criminal ou instrução processual.

A Lei n. 9.296/96 cumpriu tais comandos, mas para alguns teria incidido em vício de inconstitucionalidade por ampliar o seu âmbito de aplicação também para as *comunicações em sistemas de informática* e telemática (artigo 1º, parágrafo único).

Não obstante, predomina na jurisprudência a orientação contrária, calcada em argumentos vários, todos de relevo, como a necessidade de emprestar-se eficácia à autorização do legislador constituinte, a dinâmica da sociedade e a necessidade de interpretar-se a Constituição conforme a evolução dos costumes, a distinção entre comunicação e conversação telefônica etc.”**[1504]**. (g. n.)

Nessa toada, a violação de comunicação telefônica pela sua interceptação constituiria crime capitulado no art. 10 da Lei n. 9.296/96.

Excluem-se do conceito de correspondência, ademais, as revistas, jornais, livros e propagandas de estabelecimentos comerciais que lotam as caixas de correspondência do cidadão.

É pertinente destacar, ainda, que a correspondência violada é pessoal, visto que a objetividade jurídica deste delito é a proteção da liberdade da pessoa (intimidade e vida privada) e da inviolabilidade da correspondência, inclusive como o próprio tipo penal consigna (“correspondência privada”).

O anonimato do remetente não desnatura o objeto material do crime. Todavia, não havendo remetente e destinatário, por óbvio, será impróprio o objeto, já que é elemento típico que a correspondência seja destinada a outrem.

Por previsão do § 1º do art. 227 do CPM, incorrerá na mesma pena, detenção, de trinta dias a três meses (pena mínima obtida pela aplicação do art. 58 do CPM), quem: se apossa de correspondência alheia, fechada ou aberta, e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói (inciso I); indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza, abusivamente, comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas (inciso II); impede a comunicação ou a conversação referida no número anterior (inciso III). Trata-se de casos assimilados, idênticos aos previstos nos incisos I, II e III do § 1º do art. 150 do CP, que merecem comentários detidos.

Em primeira análise, defendem alguns que o inciso I foi redefinido pelo art. 40 da Lei n. 6.538, de 22 de junho de 1978, que dispõe:

“Art. 40. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência

fechada dirigida a outrem:

Pena – detenção, até seis meses, ou pagamento não excedente a vinte dias-multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada, para sonegá-la ou destruí-la, no todo ou em parte.

§ 2º As penas aumentam-se da metade se há dano para outrem".

Note-se que o *caput* do art. 40 não colide substancialmente com o *caput* do art. 227 do CPM e do art. 151 do CP, assim como o aumento da pena em metade foi também mantido de forma coincidente com o § 2º do art. 227 do CPM e § 2º do art. 151 do CP, apenas alterando-se substancialmente o inciso I do § 1º do art. 227 do CPM e o inciso I do § 1º do art. 151 do CP.

Pela nova redação, sustenta-se que a sonegação e a destruição deixaram de ser condutas típicas e passaram a ser elementos subjetivos especiais do tipo (ou do injusto), de sorte que, hoje, defende-se que a conduta do inciso I deve ser compreendida como "se apossar de correspondência alheia, fechada ou aberta, com o fim de sonegá-la ou destruí-la, no todo ou em parte". Essa é praticamente a visão predominante no Código Penal comum, em relação ao inciso I do § 1º do art. 151 do CP**[1505]**.

Mas valeria também essa construção para o CPM?

Embora não encontremos construções específicas para o Direito Penal Militar, e sabendo que seremos combatidos em nosso posicionamento, entendemos que não totalmente.

A mencionada Lei surgiu para, nos termos do seu art. 1º, regular o serviço postal e o serviço de telegrama em todo o território do País, dirigindo-se especificamente à tutela desse serviço, de sorte que não atingiu a relação entre militares, muito própria e específica, não parecendo essa a intenção do legislador de 1978. Note-se que o crime em comento apenas se torna militar quando praticado por militar da ativa contra militar na mesma situação, por força do §

4º do art. 227 do CPM, razão pela qual entendemos que a Lei em comentário não incidiu sobre o CPM a ponto de ab-rogar o inciso I do § 1º do art. 227. Ademais, pela aplicação da especialidade na solução do conflito aparente, deve o CPM prevalecer.

Por outro bordo, caso o crime seja praticado por funcionário dos serviços postais (telegráficos etc.), sujeitos a regulamentação específica, com abuso de função, ou seja, nas condições do § 3º do art. 227 do CPM, não vemos como não aceitar a alteração do tipo penal, devendo, apenas no caso do inciso I do § 1º do art. 227, o não militar responder por crime comum, de acordo com a forma típica do art. 40 da Lei n. 6.538/78.

Assim, em resumo, o civil do serviço postal, com abuso de função, ou o militar que praticarem a figura do *caput* do art. 227 do CPM responderão por crime militar à luz da previsão da lei castrense. No caso de praticarem a conduta do inciso I do § 1º do art. 227 do CPM, o militar, em homenagem à especialidade, deverá responder por essa forma assimilada, enquanto o civil, funcionário dos serviços mencionados, deverá responder por crime comum, nos termos do § 1º do art. 40 da Lei n. 6.538/78.

Dessa maneira, deve-se analisar o inciso I do § 1º do art. 227 do CPM, na sua redação original, o que faremos a partir de agora.

São três os verbos nucleares: *apossar-se* (apoderar-se, reter etc.), e, após isso, *sonegar* (ocultar, omitir, não encaminhar etc.) ou *destruir* (inutilizar por qualquer forma, p. ex., queimando, rasgando, apagando etc.) a correspondência, constituindo crime de conteúdo variado. Parece-nos evidente que duas são as condutas-núcleo, apossar-se e depois sonegar, e apossar-se e depois destruir, de sorte que, se a conduta somente se encerrar no apossar-se, não haverá o delito.

O objeto material nesta figura, assim como no *caput*, continua sendo a correspondência, com a diferença de que neste inciso é indiferente se ela está aberta ou fechada. Não é necessário, entretanto, que a sonegação ou a destruição seja total; pode ser parcial, como a supressão de uma das folhas da correspondência ou a rasura de parte desta.

Caso a correspondência possua valor patrimonial, o crime será contra o patrimônio, podendo tratar-se, por exemplo, de furto ou de dano, sendo o apossamento com consequente sonegação ou destruição apenas o meio pelo qual o delito patrimonial foi praticado.

Nesse sentido, por exemplo, a decisão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2), no Recurso Criminal n. 098.02.46341-8, datado de 26 de abril de 1999, sob a relatoria do Desembargador federal Guilherme Couto:

"Criminal – Violação de correspondência e furto – Desclassificação. A violação de correspondência é crime meio, através do qual o agente logra consumar o furto do conteúdo da carta remetida; não provada a ocorrência do furto, certo ser insuficiente elemento indiciário colhido na fase inquisitorial, é correta a decisão do juiz, desclassificando o crime, dando-lhe a correta tipificação, ou seja, violação de correspondência. Sentença mantida".

O inciso II do parágrafo em estudo, não afetado pela Lei n. 6.538/78, comina a mesma pena a quem, indevidamente, divulga, transmite a outrem ou utiliza, abusivamente, comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas. Neste ponto, a violação da comunicação não é obtida de forma ilícita, e sim a divulgação (dar publicidade da comunicação), a transmissão (não tornar público, mas fazer chegar a pelo menos uma pessoa) ou utilização abusiva (emprego, uso abusivo, ou seja, violando o direito em sentido lato – de qualquer ordem, inclusive o recato – do emissor da comunicação). Aqui, novamente, temos o elemento normativo "indevidamente", já explicado acima.

São objeto material no inciso II a comunicação telegráfica (com a utilização codificada de telégrafo) ou radioelétrica (comunicação por ondas de rádio), e a conversação telefônica (comunicação por telefonia, atualmente incluída não só a fixa, mas também móvel-celular). Entendemos que não há conflito entre as formas aqui definidas e o art. 10 da Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, que dispõe: "Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei". Assim como

Bitencourt[1506], não vemos os tipos do art. 10 da Lei n. 9.296/96, que trata da interceptação e da violação do segredo de justiça, colidindo com a previsão em comento, que trata da divulgação das comunicações, de sorte que é perfeitamente aplicável a disposição do CPM.

O inciso III do § 3º do art. 227 comina a mesma pena a quem impede a comunicação telegráfica, radioelétrica ou conversação telefônica. *Impedir* é obstar, bloquear, não dar curso, ocasião em que a comunicação ou conversação não chegará ao seu destinatário. Mais uma vez, a conduta nuclear incide sobre a comunicação telegráfica (com a utilização codificada de telégrafo) ou radioelétrica (comunicação por ondas de rádio) e a conversação telefônica (comunicação por telefonia, atualmente incluída não só a fixa, mas também móvel-celular).

O § 2º do art. 227 traz uma causa especial de aumento de pena, elevando a pena alterada (pena base com a incidência das circunstâncias agravantes e atenuantes) da metade se a violação de correspondência, ou seus casos assimilados, causar dano a outrem, dano esse de qualquer ordem, seja material, seja moral ou qualquer outro.

O art. 227, em seu § 3º, dispõe sobre as formas qualificadas – a pena será de detenção, de um a três anos, se o agente comete o crime com abuso de função, em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico, modalidade que, como dissemos, somente pode ser praticada por um não militar que seja funcionário desses serviços e na função. Também lembramos que, como já sustentado, todas as modalidades previstas, explicadas acima, podem ser praticadas pelo sujeito ativo funcionário dos serviços, com exceção, como propusemos, da modalidade do inciso I do § 1º do art. 227, uma vez que será entendida a conduta como crime comum, nos termos do § 1º do art. 40 da Lei n. 6.538/78.

Justifica-se a qualificadora em questão porque o funcionário se aproveita de seu mister, abusa dele e pratica as condutas previstas. Como teve a ação facilitada pela função que desempenha e traiu a responsabilidade que recebeu de zelar pela correspondência, comunicação ou conversação, exige-se

punição com maior rigor.

Por fim, deve-se avaliar o conflito aparente de normas entre o delito ora estudado e a a alínea *c* do art. 3º da Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que dispõe ser crime de abuso de autoridade qualquer atentado ao sigilo da correspondência, conduta que poderia ser praticada, e. g., por um militar na função.

Acerca desse conflito, Guilherme Nucci sustenta: "(...) fosse o particular a violar – ou tentar fazê-lo – a correspondência alheia, deveria ser encaixada sua conduta nos arts. 151 e 152 do Código Penal, conforme o caso. Porém, quando se trata de autoridade, incide a lei especial, respondendo pelo delito previsto no art. 3º, *c*, da Lei 4.898/65 (...)"**[1507]**.

Seguindo nossa linha de raciocínio, com o devido respeito, não concordamos com esse ponto de vista. A exemplo do que defendemos na violação de domicílio, se o intento era violar a correspondência, o abuso acaba tornando-se subsidiário, prevalecendo o delito do art. 227, podendo até ocorrer na sua forma qualificada do § 3º para o funcionário do serviço postal. Ademais, deve-se lembrar que o CPM e a Lei n. 4.898/65, nos tipos em conflitos, possuem elementos especializantes intensos, não sendo esse critério seguro para a solução do conflito aparente de normas; deve-se valer do critério da sucessão temporal das leis penais, frisando-se que a Lei de Abuso de Autoridade surgiu em 1965, enquanto o Código Penal Castrense, em 1969, já tendo como conteúdo informativo aquela lei, concluindo-se que mesmo conhecendo o delito de abuso de autoridade, o legislador penal militar desejou desconstituí-lo como autônomo, colocando-o, por exemplo, como forma qualificada do § 3º do art. 227 do CPM ("com abuso de função").

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de violar, sonegar ou destruir a correspondência, bem como de divulgar, transmitir ou impedir comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor toma conhecimento do conteúdo da correspondência, mesmo que não a leia na íntegra. Nas demais modalidades, consuma-se quando o autor sonega ou destrói a

correspondência de que se apossou, divulga, transmite ou impede a comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica.

• **Tentativa:** é possível se o autor viola os mecanismos de segurança da correspondência (caixa, envelope etc.), mas não chega a conhecer o seu conteúdo.

Nas formas assimiladas, permite-se a tentativa quando o autor, após se apossar da correspondência, é impedido de destruí-la. A sonegação não admite a tentativa por ser delito de mera conduta. A divulgação, transmissão ou impedimento da comunicação aceita a tentativa se não forem praticados verbalmente.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** o delito pode ser praticado por militar da ativa ou por funcionário de serviço postal, telegráfico etc. Contudo, para o militar, a única complementação possível, pela disposição do § 4º do art. 227 do CPM, é com a letra *a* do inciso II do art. 9º do CPM, equivalendo dizer, por exemplo, que se um militar da ativa devassar a correspondência de um militar reformado no interior do quartel, por exemplo, hipótese que enquadrar-se-ia na letra *b* do inciso II do art. 9º do CPM, pela restrição do § 4º mencionado, o crime seria comum, já que não enquadrado na letra *a* do inciso II do art. 9º do CPM.

Nos casos do § 3º do art. 227, em que um civil pode ser sujeito ativo – apenas no âmbito da Justiça Militar da União, frise-se –, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.4. Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos de caráter particular

O crime de divulgação de segredo, capitulado no art. 228 do Código Penal Militar, inaugura a Seção IV do Capítulo VI, que trata dos crimes contra a

liberdade, portanto, também aqui há a tutela individual.

6.4.1. Divulgação de segredo

• **Tipo legal**

Art. 228. Divulgar, sem justa causa, conteúdo de documento particular sigiloso ou de correspondência confidencial, de que é detentor ou destinatário, desde que da divulgação possa resultar dano a outrem:

Pena – detenção, até seis meses.

• **Objetividade jurídica:** este tipo penal também tutela a liberdade individual da pessoa natural, buscando preservar sua intimidade e vida privada pelo reconhecimento da inviolabilidade dos segredos versados em correspondência confidencial ou documento particular sigilosos. A tutela em questão é arrimada no inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

A propósito da intimidade e da vida privada, *vide* explanação de José Afonso da Silva, nos comentários ao art. 226.

Seja como for, ao divulgar segredos, desautorizadamente, seja pela lei, seja pelo destinatário, o agente estará expondo a vida privada e a intimidade do sujeito passivo, daí a necessidade da previsão típica em estudo.

• **Sujeitos do delito:** os sujeitos ativo e passivo são os militares, federal ou dos Estados, em face da previsão do art. 231 do CPM, que determina que este delito só será militar se autor e vítima forem militares da ativa.

Ademais, o sujeito ativo deve ser o destinatário ou o detentor do documento, pressupondo, quanto ao destinatário, conhecimento lícito do conteúdo divulgado. O mesmo não ocorre com o detentor, que terá a conduta subsumida independentemente de a detenção ser lícita ou ilícita, neste caso podendo o apossamento da correspondência, que poderia configurar a hipótese do art. 227 do CPM, ser meio para o fim de divulgar.

O sujeito passivo militar da ativa é aquele que tem interesse na manutenção do segredo, nem sempre se confundindo com aquele que sofre

efetivamente o dano pela divulgação, que será prejudicado. Já este, por outro lado, não exige o tipo penal que seja militar da ativa, visto não ser o sujeito passivo. *In exemplis*, um militar da ativa que divulgue um segredo de outro militar da ativa, mas que possa prejudicar um militar reformado ou um civil, poderá ter sua conduta subsumida pelo tipo em análise.

• **Elementos objetivos:** com previsão aproximada no art. 153 do Código Penal comum, o tipo penal do art. 228 do Código Penal Castrense tem por conduta nuclear o ato de "divulgar", ou seja, tornar público, dar conhecimento a um número indeterminado de pessoas, por qualquer meio eficaz, a exemplo de jornais, rádio, obra literária etc.

A divulgação deve ser *sem justa causa*, ou seja, injusta, ilícita, constituindo um *elemento normativo do tipo* ou, como prefere Bitencourt, *elemento normativo da antijuridicidade* (*tipo anormal*). O autor, discorrendo sobre este elemento, afirma:

"Assim, somente a divulgação injusta, *contra legis*, caracterizará o crime. Poderão justificar a divulgação do segredo, por exemplo, entre outras, as seguintes condições: *delatio criminis* (art. 5º, § 3º, do CPP); *exercício de um direito* (exibição de uma correspondência para comprovar judicialmente a inocência de alguém; não há infração na conduta de quem, na defesa de interesse legítimo, junta aos autos de interdição documento médico de natureza confidencial); *estrito cumprimento de dever legal* (apreensão de documento em poder de alguém – art. 240, § 1º, letra *f*, do CPP); *o dever de testemunhar em juízo* (art. 206 do CPP) (...)"**[1508]**.

Documento particular sigiloso deve ser compreendido como a superfície escrita – em regra, mas admite-se também o registro por outro meio, como por imagens, adotando-se uma *teoria ampla* – que transmita uma mensagem, desde que seja particular, ou seja pertencente a uma pessoa e tenha por natureza conteúdo sigiloso, que se queira resguardar do conhecimento público. É, como dispõe Nucci, "escrito que contém declarações de vontade ou a narrativa de qualquer fato passível de produzir efeito no mundo jurídico"**[1509]**, desde que alguém não tenha interesse em que seu conteúdo seja divulgado.

Correspondência confidencial significa escrito sob a forma de carta, bilhete etc., com destinatário definido e cujo conteúdo não deva chegar ao amplo conhecimento dada a sua confidencialidade.

Como o delito atinge a pessoa, e não a Administração Militar, entendemos que não se pode aqui aplicar classificações formais da circulação de documentos, por exemplo, como ocorre com o art. 5º do Decreto federal n. 4.553, de 27 de dezembro de 2002, que dispõe que os dados ou informações sigilosos serão classificados em ultrassecretos, secretos, confidenciais e reservados, em razão do seu teor ou dos seus elementos intrínsecos. O sigilo e a confidencialidade devem ser gerados pelo interesse da pessoa em que o conteúdo do documento ou da correspondência não chegue ao amplo conhecimento pela divulgação. Em outras palavras, não nos parece poder ser aplicado um critério objetivo de norma definidora, mas sim um critério subjetivo, verificando o caso concreto. Dessa forma, a violação expressa no presente delito não se confunde com o sigilo decorrente do exercício funcional, pois este vem disciplinado em tipo apartado (arts. 325 e 326 do CPM) e ataca o interesse da Administração, e não do particular.

É fundamental que o conteúdo revelado tenha idoneidade para causar dano a outrem, não importando se externamente alguém tenha classificado, por um carimbo, por exemplo, a informação como sigilosa ou confidencial. Assim, deve-se constatar que o segredo em questão está expresso em documento particular sigiloso ou em correspondência confidencial, do qual o autor é detentor (portador e responsável por ele) ou destinatário (é polo, parte da comunicação), constatação essa que não se faz pelo registro ou marca neles impressos, mas sim pelo seu assunto.

Esse dano não precisa ocorrer, visto que apenas se exige a aptidão da divulgação em provocar dano (crime de perigo). O dano potencial, ademais, pode ser de ordem econômica, pessoal, moral etc.

A pena cominada é de detenção, de trinta dias a seis meses, chegando-se à pena mínima pela aplicação do art. 58 do Código Penal Militar.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de divulgar o conteúdo sigiloso do documento.

• **Consumação:** o delito se consuma quando terceiros tomam conhecimento do conteúdo sigiloso do documento divulgado pelo autor, independentemente da produção de dano. A idoneidade para provocar o dano, no entanto, deve ser demonstrada nos autos (*crime de perigo concreto*).

Discute-se acerca da necessidade de várias pessoas tomarem conhecimento do delito ou se apenas uma bastaria. Entendemos ser necessário que o segredo chegue a mais de uma pessoa, para que se preencha o verbo nuclear "divulgar". Caso a lei penal militar admitisse a configuração do delito com o conhecimento de apenas uma pessoa, utilizaria expressões como "transmitir a outrem", assim como dispôs no inciso II do § 1º do art. 227 do CPM. Admitindo a possibilidade de bastar apenas o conhecimento por uma pessoa, apesar de apontar que Hungria e Fragoso discordam, está Rogério Greco**[1510]**.

• **Tentativa:** impossível se a divulgação for verbal, pois é delito instantâneo. Entretanto, se o autor encaminhar mensagem por escrito comunicando o teor do documento sigiloso e ela for interceptada impedindo a divulgação, será cabível a tentativa.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** na descrição típica da Parte Especial, o delito poderia ser praticado por qualquer pessoa – por isso classificado como impropriamente militar –, pela previsão do art. 231 do CPM, a única complementação possível é com a letra *a* do inciso II do art. 9º do CPM, equivalendo dizer, por exemplo, que se um militar da ativa divulgar o segredo ao qual teve acesso licitamente em correspondência confidencial ou documento sigiloso de um militar reformado no interior do quartel, hipótese que enquadrar-se-ia na letra *b* do inciso II do art. 9º do CPM, pela restrição do mencionado art. 231, o crime seria comum, já que não enquadrado na letra *a* do inciso II do art. 9º do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.4.2. Violação de recato

O crime de violação de recato, capitulado no art. 229 do Código Penal Militar, também está na Seção IV do Capítulo VI, que trata dos crimes contra a liberdade, portanto, igualmente aqui há a tutela individual.

• **Tipo legal**

Art. 229. Violar, mediante processo técnico, o direito ao recato pessoal ou o direito ao resguardo das palavras que não forem pronunciadas publicamente:

Pena – detenção, até um ano.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem divulga os fatos captados.

• **Objetividade jurídica:** este tipo penal também tutela a liberdade individual da pessoa natural, buscando preservar sua intimidade e vida privada pelo reconhecimento da inviolabilidade do recato pessoal. A tutela em questão é arrimada no inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

A propósito da intimidade e da vida privada, *vide* explanação de José Afonso da Silva, nos comentários ao art. 226.

Seja como for, ao ter acesso a imagens ou voz por processo técnico, desautorizadamente, seja pela lei, seja pelo destinatário, o agente estará expondo a vida privada e a intimidade do sujeito passivo, daí a necessidade da previsão típica em estudo.

• **Sujeitos do delito:** os sujeitos ativo e passivo são os militares, federal ou dos Estados, em face da previsão do art. 231 do CPM, que determina que este delito só será militar se autor e vítima forem militares da ativa.

• **Elementos objetivos:** sem par na legislação penal comum, o tipo penal do art. 229 possui como conduta nuclear “violar”, que significa macular, turbar o direito ao recato pessoal, à intimidade, pela sondagem, cognição desautorizada do comportamento do sujeito passivo. Em segundo aporte, o tipo penal militar em estudo também prevê a violação do direito ao resguardo das palavras que o sujeito passivo não disser publicamente, e que não queira que

sejam públicas.

A violação do recato, portanto, poderá incidir sobre o comportamento, geralmente com a captação de imagens do sujeito passivo na prática de uma conduta, ou incidir sobre as palavras, em regra, palavras proferidas na linguagem oral, porquanto se forem proferidas na linguagem escrita, outro delito se configurará, como a divulgação de segredo do art. 228 do CPM.

Não é necessário que o sujeito ativo produza a gravação do comportamento ou das palavras pronunciadas; basta que tenha acesso por processo técnico, ou seja, com a utilização de meio artificial, por exemplo, um microfone, uma filmadora escondida, um binóculo, ou seja, qualquer forma artificial de que o autor lance mão para chegar a informações a que não teria acesso sem a utilização desses meios. Dessa maneira, condutas que não se realizem mediante processo técnico, como o ato de auscultar uma conversa por detrás da porta, estarão fora do âmbito típico deste delito.

Obviamente, o ato de, em decorrência da violação, produzir gravação de imagens ou de palavras (voz) não afasta a tipicidade, não sendo, apenas, necessária essa produção. Aliás, a gravação produzida servirá como prova de que a violação ocorreu.

É imprescindível que o sujeito passivo tenha buscado o recato ou o resguardo de suas palavras e que não tenha anuído na violação, tornando-a indevida, injusta.

Recato significa o que há de mais recôndito da vida do ser humano, caracterizando-se por um ato que se oculta à vista e ao conhecimento de todos, geralmente buscando para a prática comportamental um lugar retirado e oculto. Assim a observação, com a produção ou não de gravação, de comportamento praticado em público – inclusive em áreas públicas dos quartéis, como salas, elevadores, corredores etc., e também no interior de veículos utilizados no serviço da Instituição Militar – não constitui violação, nos termos do tipo penal em estudo, porquanto o sujeito passivo não buscou o recato. Por outro lado, configura violação de recato o ato de instalar clandestinamente aparelhamento de filmagem, próprio (câmera) ou impróprio (telefone celular), em áreas onde as pessoas praticam atos lícitos que não praticariam em público – como um

vestiário, um alojamento, ainda que no interior de quartéis –, captando e gravando imagens (p. ex., policiais militares do sexo feminino se trocando).

Resguardo (das palavras) tem significado muito próximo de recato, porquanto traduz-se pela emissão de palavras, pela forma oral, de maneira abrigada, defesa, de sorte que não se queira que elas cheguem ao conhecimento público. Nem é preciso que as palavras sejam dirigidas a alguém; pode ocorrer a violação do resguardo, por exemplo, de palavras que o sujeito ativo proferiu ao vento, para ninguém, desde que tenha ele buscado ambiente que garantisse o resguardo. Entendemos que aquele que profere palavras no interior das dependências públicas do quartel (salas, corredores etc.) não tentou resguardar suas palavras, não havendo, portanto, violação. O mesmo se diga de uma conversa gravada no interior de viatura de Instituição Militar, porquanto, assim nos parece, não houve preocupação com o resguardo – por óbvio, referimo-nos aqui à conversa entre integrantes da viatura, e não a conversa via rádio operacional, em que a pessoa sabe que outros na rede-rádio o estão ouvindo, caso em que não estaria buscando resguardo e, portanto, não geraria violação. Por outro lado, a gravação de conversa produzida em local velado, onde nem todos têm acesso, como os alojamentos, viola, a nosso ver, o resguardo das palavras, configurando-se, se indevida, o delito.

Nos exemplos acima cunhados, nos quais entendemos não haver violação, em tese, não seria sequer necessária autorização judicial – se houver, muito melhor – para, por exemplo, conduzir uma medida investigativa em sede de inquérito policial militar. De toda sorte, no exemplo dos quartéis e das viaturas, é recomendável que haja uma política institucional segundo a qual todos saibam que as imagens e as comunicações são gravadas e que podem figurar como prova, inclusive em favor da acusação. Assim, se determinada Instituição Militar instalar uma câmera no elevador, é conveniente que sejam colocados avisos ou que a câmera seja exposta. Na mesma ordem, seria importante que as viaturas que possuíssem câmeras ou mecanismo de gravação de conversa ambiental em seu interior possuíssem avisos nesse sentido, ou que esse fato fosse de amplo conhecimento, por exemplo, divulgado em instrução, de modo que aquele que conversasse sobre algo ilícito no interior da viatura soubesse da captação e, portanto, não pudesse, depois, alegar violação do resguardo de suas palavras.

Claro que nossa opinião gera críticas, principalmente daqueles que investigam ilícitos penais militares, que poderão dizer que com o aviso ou o conhecimento nenhum crime mais será descoberto. No entanto, devemos lembrar que o objetivo maior em um Estado Democrático de Direito não é elucidar um crime, e sim evitá-lo, tutelando a integridade física, a vida etc. das pessoas, o que ocorrerá se os integrantes de uma Instituição Militar souberem dos mecanismos de controle. Assim, v. g., é possível que um policial militar que saiba que sua conversa no interior da viatura esteja sendo gravada não revele detalhes interessantes a uma investigação criminal, mas também é muito provável – e melhor – que, justamente por saber que está sendo gravado e filmado, não pratique ilícito penal.

Nos casos em que entendemos haver violação, por outro enfoque – por exemplo, a filmagem de policiais militares do sexo feminino no interior do alojamento –, há que se discutir se em nenhuma hipótese seria possível a violação. Obviamente, surgirão duas posições: uma defenderá a inviolabilidade absoluta da intimidade nesse caso; outra sustentará a possibilidade de violação, arrimando a construção no princípio da proporcionalidade, evidentemente apenas em caso de inequívoca necessidade, por exemplo, em uma investigação criminal.

Parece-nos mais adequada a segunda posição, desde que a violação sempre se dê por autorização judicial, quando não seria indevida, e com o sigilo necessário à investigação criminal, conforme dispõe o art. 16 do CPPM.

Como já aduzimos, o *princípio da proporcionalidade* é instrumental, contemporizador de situações em que princípios, valores etc. colidem. Sobre ele, repetimos as lições de Guilherme Madeira:

“Robert Alexy e a doutrina brasileira apresentam três elementos da proporcionalidade (...):

d) adequação;

e) necessidade;

f) proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação significa que o meio utilizado deve ser capaz de fomentar a obtenção do resultado pretendido. A necessidade, ainda, segundo Virgilio Afonso da Silva, significa: 'um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor escala, o direito fundamental atingido. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito significa o 'sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva'"**[1511]**.

Em suma, trata-se de verificar se a violação do recato e do resguardo das palavras consegue sobreviver àquilo que o autor tem chamado de "teste de proporcionalidade", sendo possível, portanto, a restrição a um direito fundamental se, após a aplicação dos critérios, concluir-se que a medida era necessária.

Assim, por exemplo, na apuração de um delito de furto ou peculato-furto no interior do quartel, em que sistematicamente armas de fogo são subtraídas de armários no interior do alojamento, é possível a autorização judicial para que uma câmera velada seja instalada no alojamento, porquanto a captação de imagem é meio adequado para a obtenção da prova (*adequação*), meio único possível para demonstrar o ilícito (*necessidade*) e, finalmente, no confronto entre a inviolabilidade do recato e a necessidade de garantir não só o patrimônio, mas também a integridade física e a vida de outras pessoas, já que as armas subtraídas abastecerão a criminalidade, parece proporcional a autorização da instalação de câmera (*proporcionalidade em sentido estrito*).

Mais uma vez ressalte-se que essa possibilidade depende de autorização judicial e deve ser avaliada no caso concreto, e não aprioristicamente, de modo que, se a autoridade judicial não estiver convicta da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, não deverá autorizar esse meio de prova violador da intimidade e do recato.

O tipo penal busca tutelar o recato da pessoa e o resguardo das palavras, que chegam ao conhecimento de pessoa não destinatária. Dessa forma, entendemos que não estão abrangidas pela violação as conversas e imagens

direcionadas a uma pessoa e esta própria pessoa, ostensiva ou clandestinamente, executa a gravação ou anui em que um terceiro o faça. Em outros termos, a conduta daquele que conversava com o sujeito passivo (ou o filmava) não configura violação, pois a ele era destinada a conversa ou o comportamento produzido. Nem mesmo se ele divulgar a conversa ou a imagem a terceiro estará na prática deste delito, já que a figura do parágrafo único do art. 229 pressupõe que a captação tenha sido violadora de recato ou resguardo de palavras. Entretanto, a conduta do destinatário da conversa e da imagem produzida, se desautorizadamente divulgada, poderá configurar crime contra a honra.

Aliás, a questão acima exige previamente a compreensão das diferentes espécies de captação de voz ou de imagem. Nesse propósito, foi muito feliz André Vinicius de Almeida:

"Distinguem-se, inicialmente, as *interceptações telefônicas* das *interceptações ambientais*, entendido o termo *interceptação* no sentido amplo. As primeiras são objeto da Lei n. 9.296/96; as segundas estão disciplinadas pela Lei n. 9.034/95, com a redação da Lei n. 10.217/2001. Em poucas palavras, interceptação de comunicação telefônica tem por objeto aquela comunicação (de voz, dados, imagens etc.) havida por meio de rede de telefonia, enquanto interceptação ambiental tem por alvo as imagens e áudios surpreendidos no encontro presencial de uma ou mais pessoas, trate-se de local público ou privado.

Cada uma dessas possibilidades desdobra-se em três outras, tendo por consideração o fator *terzitá* referido pela doutrina italiana (participação de terceiro, com ou sem ciência de um dos interlocutores). Assim, diz-se *interceptação* quando a comunicação é acompanhada por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores; *escuta,* quando um deles tem o conhecimento do monitoramento; e *gravação clandestina,* quando feita diretamente por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro ou dos demais.

Diverge a doutrina pátria, uma vez mais, acerca do âmbito de aplicação da Lei n. 9.296/96. De forma geral, o consenso estabelece-se apenas acerca da exclusão da *gravação clandestina* da disciplina ali imposta; a conduta da escuta em si seria lícita, mas o uso do material como prova normalmente é reputado ilícito.

No demais, há duas orientações: a que parece predominar, no sentido de que também a *escuta telefônica* estaria ali incluída (inclusive para os fins do art. 10 da Lei n. 9.296/96), e a de sua exclusão do âmbito de aplicação, entendendo-se lícita porque se o titular da comunicação pode gravá-la, também pode autorizar sua gravação por outra pessoa; nesse caso, contudo, ainda haveria restrições ao seu uso como prova"**[1512]**.

Afiliamo-nos à licitude da *gravação clandestina* de conversação telefônica ou ambiental e da *escuta* de conversação telefônica ou ambiental, pois, embora a polêmica, em ambos os casos há a anuência de um dos interlocutores, seja pedindo a um terceiro que grave a conversa ou a imagem (*escuta*), seja ele próprio gravando (*gravação clandestina*).

Por serem lícitas, essas condutas não configuram o delito em questão. Como exemplo, não vemos ilicitude na autorização de um policial militar que, sendo testemunha, esteja sendo coagido, para que a corregedoria da Instituição Militar faça a escuta de suas conversas com o coator, não havendo que falar, dessarte, em crime de violação de recato. O mesmo se diga se o policial militar coato gravar sua própria conversa com o coator.

Aliás, essa é a posição recente do Supremo Tribunal Federal. No Recurso Extraordinário n. 402.717/PR, a Segunda Turma do Pretório Excelso, em 2 de dezembro de 2008, sob relatoria do Ministro Cezar Peluso, decidiu:

"PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer

prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou".

A visão aplicada à captação de conversação telefônica pode muito bem ser trasladada para a captação de conversa ou de imagem ambiental, ou seja, a escuta ambiental e a gravação clandestina ambiental são perfeitamente lícitas, não se configurando violação de recato.

Nesse sentido, do Supremo Tribunal Federal, *vide* o Recurso Extraordinário n. 583.937/RJ, na questão de ordem discutindo a repercussão geral, decidida em 19 de novembro de 2009, relator Cezar Peluso:

"AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro".

Vencidas as questões relativas à escuta e à gravação clandestina, ambiental ou sobre conversações telefônicas, resta-nos verificar as interceptações.

No que concerne à interceptação ambiental, seja na captação de voz, seja na captação de imagem, *em local público*, não há ilicitude, não se configurando o delito em estudo, já que, como dissemos, o sujeito passivo não buscou o recato. A interceptação ambiental em *local onde a pessoa busca recato*, em princípio, será ilícita configurando o delito em estudo, mas, diante de autorização judicial, concedida com arrimo no princípio da proporcionalidade, não será criminosa, valendo a prova produzida. Frise-se que a interceptação ambiental não está amparada pela Lei n. 9.296/96, não podendo, por exemplo, configurar delito daquele diploma.

Compreensão um pouco diferente deve ser dada à interceptação da conversação telefônica sem autorização judicial. Essa conduta poderia ser subsumida pelo art. 229 do CPM, em estudo, mas também pelo art. 10 da Lei n. 9.296/96, surgindo um conflito aparente de normas.

A solução do conflito parece ter encontrado André Vinícius de

Almeida, em primorosa construção com a qual concordamos e transcrevemos:

"Na esfera do Direito Penal Militar, estabelece-se concurso aparente de normas, de não simples resolução, entre a norma em questão e o tipo consubstanciado no artigo 229 do Código Penal Militar. Esta última norma sanciona a conduta de quem, por processo técnico, viola o direito ao resguardo das palavras que 'não foram pronunciadas publicamente' ou daquele que divulga os fatos *captados*.

Se se limita a análise do artigo 10 da Lei n. 9.296/96 ao concernente à *interceptação da comunicação telefônica*, utilizando-se o mesmo critério para o artigo 229 do CPM, tem-se que ambas as normas teriam o mesmo objeto, qual seja, a vedação da captação indevida (ou a divulgação) do conteúdo de uma conversa reservada entre duas ou mais pessoas, como é a que se passa por meio da telefonia.

Todavia, o artigo 229 tem âmbito mais dilatado, porquanto qualquer comunicação não destinada ao público é objeto de sua proteção – incluída, pois, a proibição de interceptação ambiental, que no âmbito do Direito Penal Comum segue como conduta penalmente indiferente – e, nesse contexto, apresentar-se-ia geral em relação àquela outra, tida por especial (porque somente a interceptação telefônica não autorizada é criminalizada).

Assim, crê-se que o tipo penal do artigo 10 da Lei n. 9.296/96 tem precedência sobre aquele do artigo 229 do CPM, sendo este aplicável subsidiariamente quando, nas hipóteses do artigo 9º, inciso II, letra 'a', do estatuto repressivo militar, houver violação, mediante processo técnico, do 'direito ao resguardo das palavras que não forem pronunciadas publicamente' em situação outra que a de uma conversa havida por meio de telefone ou similar"**[1513]**.

Dessa forma, a interceptação telefônica desautorizada ou a quebra do segredo de justiça configurarão, ainda que praticadas de militar da ativa contra militar na mesma situação, crime comum capitulado no art. 10 da Lei n. 9.296/96. Nos demais casos, à exceção das hipóteses lícitas já discutidas, poderá ocorrer o delito militar de violação de recato (art. 229 do CPM).

O parágrafo único pune com a mesma pena, detenção, de trinta dias a um ano (pena mínima obtida com base no art. 58 do CPM) aquele que divulga (leva, por qualquer meio, ao conhecimento de um número indeterminado de pessoas) os fatos descobertos pela violação do recato, pressupondo, como dissemos acima, que a captação tenha sido violadora de recato ou de resguardo das palavras. Deve-se lembrar que o artigo 231 do CPM exige que o delito em estudo tenha nos dois polos (ativo e passivo) o militar da ativa, do que se depreende que o divulgador também tem essa qualidade.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de turbar o recato da vítima ou o resguardo das palavras por ela pronunciadas.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor consegue acesso àquilo que lhe era vedado ou restrito e, eventualmente, quando divulga a informação obtida, pressupondo, neste caso, que a obtenção seja ilícita.

Não é imprescindível, por ser elemento estranho ao tipo penal, que o sujeito ativo grave a conversa ou a imagem; basta apenas que tenha acesso a ela, como no caso de observação por lunetas e binóculos.

• **Tentativa:** possível quando o autor monta o aparato físico para promover a violação pretendida e é surpreendido por terceiros, antes de sondar o comportamento ou as palavras da vítima.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** na descrição típica da Parte Especial, o delito poderia ser praticado por qualquer pessoa – por isso classificado como impropriamente militar; pela previsão do art. 231 do CPM, a única complementação possível é com a letra *a* do inciso II do art. 9º do CPM, equivalendo dizer, por exemplo, que, se um militar da ativa divulgar, viola o recato de um militar reformado no interior do quartel, hipótese que enquadrar-se-ia na letra *b* do inciso II do art. 9º do CPM, pela restrição do mencionado art. 231, não ocorreria o delito em estudo, já que não enquadrado na letra *a* do inciso II do art. 9º do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.4.3. Violação de segredo profissional

O crime de violação de segredo profissional, capitulado no art. 230 do Código Penal Militar, também está na Seção IV do Capítulo VI, que disciplina os crimes contra a liberdade, portanto, igualmente aqui há a tutela individual.

• **Tipo legal**

Art. 230. Revelar, sem justa causa, segredo de que tem ciência, em razão de função ou profissão, exercida em local sob administração militar, desde que da revelação possa resultar dano a outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

• **Objetividade Jurídica:** embora haja previsão de que o segredo tenha sido obtido em função e que o fato se deu em lugar sujeito à Administração Militar, o que o tipo penal tutela em primeiro plano é a liberdade individual pela manutenção da intimidade e da vida privada da pessoa, vilipendiadas em face da revelação de um segredo.

A propósito da intimidade e da vida privada, *vide* a explanação de José Afonso da Silva, nos comentários ao art. 226.

Seja como for, com a revelação de um segredo, sem justa causa, o agente estará expondo a vida privada e a intimidade do sujeito passivo; daí a necessidade de se garantir a inviolabilidade com a previsão típica em estudo.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo pode ser um militar da ativa ou um civil, lembrando que este somente no âmbito da Justiça Castrense da União, pela limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (art. 125, § 4º, da CF). Contudo, essa pessoa deve ter conhecimento do segredo quando no desempenho de função ou profissão.

O sujeito passivo é aquele que tem interesse na manutenção do segredo, nem sempre se confundindo com aquele que sofre potencial dano com

a revelação, que será prejudicado.

• **Elementos objetivos:** com tipo penal substancialmente próximo do capitulado no art. 154 do Código Penal, o núcleo da conduta no delito do art. 230 do Código Penal Castrense é "revelar", ou seja, trazer à luz, descortinar um segredo obtido em virtude do exercício de função ou profissão. Como o verbo usado no tipo é "revelar", e não "divulgar", é suficiente para caracterizar o delito em estudo que apenas uma pessoa tome conhecimento do segredo.

Neste tipo penal, *função* deve ser compreendida como "toda determinação de encargos imposta pela lei a uma pessoa, esteja ou não ligada a um cargo, haja ou não remuneração"**[1514]**, sendo exemplo a função de escrivão de inquérito policial militar. *Profissão* deve ser compreendida como "toda atividade que, como regra, tenha finalidade de lucro, exercida por quem tenha habilitação"**[1515]**, a exemplo do médico, do advogado etc. Claro que se essas especialidades forem desempenhadas por militares, não serão compreendidas como profissões, e sim como funções, a exemplo de médico de Unidade, que terá por profissão a de militar.

A função ou profissão devem ser exercidas em lugar sujeito à administração militar.

Lugar sujeito à administração militar, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve compreender três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança. Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte geral e ao art. 146 da Parte Especial.

A revelação do segredo deve ser idônea para causar dano, não sendo necessário que este se efetive, devendo, porém, ser demonstrada a potencialidade nesse sentido (*crime de perigo concreto*). O dano potencial pode ser de qualquer natureza (patrimonial, moral etc.).

A revelação deve ser *sem justa causa*, ou seja, injusta, ilícita, constituindo um *elemento normativo do tipo* ou, como prefere Bitencourt, *elemento normativo da antijuridicidade* (*tipo anormal*)**[1516]**. Em outros termos, somente a revelação injusta, *contra legis*, caracterizará o crime. A justa causa na

divulgação de informação pode ser demonstrada, e. g., pela obrigação de noticiar o órgão competente sobre a constatação de doença contagiosa, como impõe a legislação, ou qualquer outro fato quando expressamente autorizado pelos próprios pacientes. Podemos, ademais, trazer aqui as lições de Magalhães Noronha, que esclarece que, "em regra, a *justa causa* funda-se na existência de estado de necessidade: é a colisão de dois interesses, devendo um ser sacrificado em benefício do outro; no caso, a inviolabilidade dos segredos deve ceder a outro bem-interesse. Há, pois, objetividades jurídicas que a ela preferem, donde não ser absoluto o dever do silêncio ou sigilo profissional"**[1517]**.

Por derradeiro, deve-se notar a diferença deste delito com o crime previsto no art. 326 do CPM, assim definido: "Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo ou função e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação, em prejuízo da administração militar". Em primeiro aporte, no art. 230 do CPM a revelação deve ser de um segredo, ou seja, algo que deva ser mantido longe do conhecimento das pessoas, enquanto no delito de violação de sigilo profissional, o que se revela é um fato conhecido no exercício de cargo ou função, não se tratando de um segredo particular. Ademais, no art. 326 do CPM, há um prejuízo da Administração Militar, enquanto no crime do art. 230 do CPM, o dano potencial é verificado em relação à pessoa.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de divulgar o segredo.

• **Consumação:** o delito se consuma quando terceiro toma conhecimento do segredo divulgado pelo autor.

• **Tentativa:** impossível se a divulgação for verbal, pois é delito instantâneo; entretanto, se o autor encaminhar mensagem por escrito comunicando o segredo e ela for interceptada, impedindo a revelação, caberá a tentativa.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há semelhante tipificação nos dois diplomas penais (comum e

militar), divergindo no que concerne ao elemento espacial constante no tipo penal militar, em que a profissão ou função devem ser exercidas. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7. DOS CRIMES SEXUAIS

Antes de ingressarmos no estudo dos crimes sexuais, alguns comentários devem ser feitos a respeito da influência da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, nos crimes militares.

Referida Lei, como sabido, alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal comum, que dispunha sobre os *crimes contra os costumes*, trazendo ao universo jurídico uma nova classificação: os *crimes contra a dignidade sexual*.

As mudanças foram várias, mas, em especial, houve a revogação de alguns crimes e, principalmente, a unificação da descrição típica do atentado violento ao pudor e do estupro, ambos hoje disciplinados no art. 213 do CP, sob a rubrica única de "estupro".

A Lei, no entanto, nada mencionou acerca dos crimes militares, de sorte que a nova ordem ficou adstrita apenas aos crimes comuns. Assim, enquanto no Código Penal não há mais a destacada figura do atentado violento ao pudor, hoje descrito junto com o estupro, no Código Penal Militar ainda há as duas figuras destacadas, em artigos distintos (arts. 232 e 233). Nessa comparação, outros delitos foram também afetados, a exemplo da já citada corrupção de menores (art. 234 do CPM), não mais prevista no Código Penal.

A primeira pergunta que se faz é se a Lei n. 12.015/2009 teria o condão de alterar a compreensão dos crimes militares, o que deverá comportar resposta

em sentido negativo, visto que a Lei em foco nem sequer mencionou o Código Penal Militar, não se podendo entender que ela teria revogado a disciplina dos crimes sexuais do CPM (arts. 232 e s.), já que toda revogação deve ser expressa, nos termos do que hoje dispõe o art. 9º da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998**[1518]**.

Outro questionamento está na combinação desses crimes militares, outrora idênticos aos do Código Penal Militar, com os incisos do art. 9º do CPM, naquilo que se define como tipicidade indireta.

Como se sabe, o art. 9º do CPM possui três incisos. Os incisos I e II referem-se a crimes praticados por militares da ativa, enquanto o inciso III condensa as hipóteses em que um civil ou militar inativo (reformado ou da reserva remunerada) figuram como sujeitos ativos do crime militar. É fato que os incisos I e II não mencionam em seu *caput* o fato de se aplicarem somente a militares da ativa; contudo, sabendo que o inciso III se refere aos inativos e aos civis, o que faz expressamente, por contraposição os dois primeiros incisos só podem referir-se aos militares da ativa.

Dessa forma, deve-se verificar se aos crimes militares de estupro e atentado violento ao pudor, quando o sujeito ativo for militar da ativa, por exemplo, continuaremos aplicando as alíneas do inciso II do art. 9º ou se, pelo fato de não mais haver semelhança com a legislação penal comum, devemos aplicar o inciso I do mesmo artigo.

A nosso ver, como a comparação deve remontar à entrada em vigor do CPM, ou seja, 1º de janeiro de 1970, devemos manter a tipicidade indireta com foco nas alíneas do inciso II do art. 9º do Código Penal Castrense. Dessarte, nos crimes que se seguirão, ao tratarmos da tipicidade indireta, na comparação das legislações penais, consideraremos a redação do CP anterior à edição da Lei n. 12.015/2009.

Para melhor compreender nosso posicionamento, *remetemos o leitor aos comentários ao art. 9º do CPM, quando discorremos sobre a Parte Geral do Código Penal Castrense*.

7.1. Estupro

• **Tipo legal**

Art. 232. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena – reclusão, de três a oito anos, sem prejuízo da correspondente à violência.

O art. 232 do Código Penal Militar inaugura o sétimo capítulo do Título IV do Livro I da Parte Especial, tratando, ainda, dos crimes contra a pessoa.

• **Objetividade jurídica:** como muito bem diz Damásio de Jesus, o dispositivo em estudo protege "a liberdade sexual da mulher, o seu direito de dispor do próprio corpo, a sua liberdade de escolha na prática da conjunção carnal"[1519].

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo poderá ser militar (da ativa ou inativo) ou civil, lembrando que este somente perpetra delito militar no âmbito da Justiça Militar da União, em função da restrição imposta às Justiças Militares dos Estados pelo art. 125, § 4º, da CF. Deve, ademais, ser homem, já que o estupro exige a conjunção carnal.

A mulher pode ser sujeito ativo do delito no concurso de pessoas. Há polêmica, no entanto, sobre o fato de este crime ser próprio ou de mão própria, admitindo-se a coautoria somente no primeiro caso. Se o considerarmos delito de mão própria, apenas será possível a participação.

Rogério Greco, por exemplo, compreende o delito de estupro como crime de mão própria: "Crime de mão própria no que diz respeito ao sujeito ativo, pois que exige uma atuação pessoal do agente, não se podendo delegar a prática da conduta típica e própria com relação ao sujeito passivo, pois que somente a mulher poderá figurar nessa condição (...)"[1520].

Entendendo ser crime próprio, e não de mão própria, admitindo participação e coautoria, expõe Mirabete: "Somente o homem pode praticar o delito, uma vez que só ele pode manter conjunção carnal com mulher. A

expressão refere-se ao coito denominado normal, que é a penetração do membro viril no órgão sexual da mulher. Nada, entretanto, impede a coautoria ou participação criminosa; assim, a mulher pode responder pelo ilícito na forma do art. 29 do CP. É possível a coautoria até por omissão daquele que devia e podia agir para evitar o resultado típico"**[1521]**.

Ainda nesse sentido, Damásio de Jesus: "A mulher, por sua vez, não pode ser sujeito ativo do crime de estupro. Em hipótese de concurso de pessoas, porém, pode ser coautora ou *partícipe*"**[1522]**.

Concordamos com Mirabete e Damásio, entendendo poder ser a mulher coautora deste delito. Mais ainda, entendemos haver hipótese em que a mulher pode responder como autora do delito, em caso de autoria mediata, quando, por exemplo, constrange, mediante violência ou grave ameaça, outra mulher a permitir que um inimputável tenha com ela conjunção carnal.

Apesar da divergência doutrinária, consideramos possível o marido figurar como autor de estupro, porquanto o casamento não autoriza a prática de ato sexual sem o consentimento da esposa. Aceitar tal violência seria aceitar a turbação da dignidade da mulher, que, como dissemos acima, tem o direito de dispor do próprio corpo.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a mulher, virgem ou deflorada, podendo inclusive ser prostituta.

Questão interessante diz respeito à possibilidade de estupro de transexuais. Sobre essa possibilidade, Rogério Greco explica que: "Se houver, em virtude de determinação judicial, modificação no registro de nascimento, fazendo-se constar o sexo feminino, aliada ao fato de ter o transexual se submetido a cirurgia para criação da *neovagina*, na hipótese de ser violentado sexualmente, ocorrendo a penetração, o fato poderá ser classificado como estupro"**[1523]**.

Com a devida vênia, não podemos concordar com o ilustre autor, porquanto, além de a vítima ser mulher, o que de fato é provado pela mudança de identidade, é preciso que haja a conjunção carnal com a introdução do membro na vagina, conceito afeto à medicina, e não na *neovagina*. A situação

narrada por Greco, em nossa opinião, poderia configurar delito de atentado violento ao pudor. Note-se que no Código Penal comum, com a edição da Lei n. 12.015/2009, a discussão perdeu relevância pela unicidade de condutas sob a rubrica de estupro no art. 213 do CP, mas ainda é relevante para a discussão do crime militar.

Por fim, em se tratando de sujeito passivo menor de 18 anos, deve-se verificar que, em nome da especialidade, caso haja a prática de sexo explícito ou de ato pornográfico com o fim de registro das imagens para divulgação, o sujeito ativo responderá pelo delito previsto no § 1º do art. 240 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, que assim dispõe:

"Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de *sexo explícito ou pornográfica*, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, *coage*, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no *caput* deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento".

Observe-se que na figura do *caput* não se fala em ato libidinoso, mas em sexo explícito ou ato pornográfico. *Sexo explícito* refere-se à evidente prática

de conduta sexual, enquadrando não só a conjunção carnal, mas também a felação, o coito anal, a masturbação etc. *Ato pornográfico* é aquele que demonstra, descreve ou evoca luxúria ou libidinagem, demonstrando indecência, imoralidade ou libertinagem. Dessa forma, as modalidades previstas do Estatuto da Criança e do Adolescente podem englobar o conceito de ato libidinoso, inclusive a conjunção carnal. Perceba-se, ademais, que o § 1º do art. 240 do referido Estatuto, coloca a modalidade "coagir", que pode efetivar-se pelo constrangimento veiculado por uma ameaça grave, donde se conclui que se uma mulher menor de 18 anos for constrangida, por grave ameaça, à prática de conjunção carnal para que se proceda ao registro em filmagem ou fotografia, não teremos o estupro, mas sim o delito do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A submissão, por constrangimento ou outra forma, da criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual configurará o crime do art. 244-A, também do Estatuto da Criança e do Adolescente, sem prejuízo de que aquele que pratique a conjunção carnal, no ato isolado, possa responder pelo estupro.

Por outro lado, se a menor de 18 anos for constrangida apenas à prática do ato sexual, sem a intenção de captação de imagens, o caso será de estupro, e não do crime do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Também será caso de estupro a prática de conjunção carnal, com consentimento da menor de 14 anos, mesmo com o registro da imagem, em que haverá violência presumida, como veremos adiante, uma vez que não houve o constrangimento real, elemento típico do § 1º do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

• **Elementos objetivos:** com descrição idêntica à antiga redação do art. 213 do CP, o tipo penal militar do delito de estupro tem por conduta nuclear o verbo "constranger", ou seja, forçar, obrigar, subjugar a mulher, por ameaça ou violência, a tolerar a prática de conjunção carnal.

Embora a prova do estupro esteja ligada ao exame médico-legal na vagina do sujeito ativo – da qual pode-se prescindir em alguns casos quando não resulte vestígio no corpo da vítima**[1524]** –, a *violência* empregada para subjugar

a vítima não precisa causar lesão corporal; basta que haja a violência física (*vis corporalis*). A *grave ameaça* empregada, por outro bordo, consiste em violência moral (*vis compulsiva*) caracterizada pela promessa de um mal justo ou injusto e grave, por exemplo, ameaça de morte por arma de fogo para chegar ao coito vaginal (mal injusto), ou o caso do policial militar que faz com que uma mulher se submeta à conjunção carnal para que não a prenda em uma hipótese respaldada pela lei (mal justo).

A *violência* deve ser dirigida à própria vítima, mas na *grave ameaça* o mal prometido deve chegar ao conhecimento da vítima, podendo, entretanto, ser a ela dirigido (direta) ou mesmo a terceiro (indireta), como o militar que, de serviço, ameaça matar o filho de uma mulher para que esta ceda ao ato sexual.

Conjunção carnal, como já referido, significa a cópula vagínica (penetração do pênis na vagina, *introductio penis in vaginam*), adotando a legislação penal militar brasileira "o *sistema restrito* no que diz respeito à interpretação da expressão conjunção carnal, repelindo-se o *sistema amplo*, que compreende a cópula anal, ou mesmo o *sistema amplíssimo*, que inclui, ainda, os atos de felação (orais)"**[1525]**. Basta, por outro enfoque, a penetração total ou parcial do membro viril, não se exigindo o rompimento do hímen nem a ejaculação do autor. A propósito da virilidade, a impotência *coeundi*, que impede a ereção, também significa o afastamento do delito em estudo, configurando-se em *crime impossível*, não havendo, óbice, no entanto, para que o agente responda por outro delito, como por ato obsceno (art. 238 do CPM).

Pressupõe-se no estupro que não haja consentimento do sujeito passivo, já que o delito para se configurar exige o constrangimento pela violência ou ameaça, devendo a vítima opor-se de forma veemente, decidida, sincera, à conjunção; não se exige, por óbvio, uma resistência heróica, com grave risco da vítima. Não há, por exemplo, constrangimento quando a vítima demonstra resistência por um jogo de sedução, ou evidentemente demonstra que deseja o coito vaginal. Por outro bordo, entendemos que o ato de a vítima solicitar, após vencida em sua resistência, que o estuprador utilize preservativo, não significa evidente anuência, podendo ainda estar presente o dissenso do sujeito passivo.

Por outro bordo, mesmo com o consentimento do sujeito passivo, o constrangimento estará presente pela presunção da violência, nos termos do art. 236 do CPM, que assim dispõe:

"Art. 236. Presume-se a violência, se a vítima:

I – não é maior de quatorze anos, salvo fundada suposição contrária do agente;

II – é doente ou deficiente mental, e o agente conhecia esta circunstância;

III – não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência".

A presunção de violência, como se percebe, ocorrerá nos casos de vítima menor de 14 anos, ou seja, que não tenha completado essa idade, e que deve ser demonstrado nos autos, por exemplo, com a juntada da certidão de nascimento. Entendemos que no caso de o crime ter sido praticado no dia em que a vítima completa 14 anos, deve-se entender ser ela maior de 14 anos. Em sentido oposto, Damásio de Jesus: "Se o crime é cometido no dia em que a vítima completa catorze anos, será presumida a violência, uma vez que não será maior de catorze anos"**[1526]**. O momento de detecção da idade é o da prática da conduta, com arrimo no art. 5º do Código Penal Militar, com a adoção da *teoria da ação* para definir o momento do crime.

Importante verificar que, ao contrário do que dispunha o art. 224 do CP**[1527]** antes da Lei n. 12.015/2009, a presunção de violência no CPM admite prova em contrário, sendo afastada quando o agente tinha fundado motivo para supor que a vítima era maior de 14 anos, como no caso de avantajada compleição física.

Pelo inciso II, presume-se a violência quando a vítima é acometida de doença ou deficiência mental, a exemplo do portador de síndrome de down, altismo etc., o que deve ser demonstrado pericialmente nos autos. Essa condição, obviamente, deve ser conhecida do agente; não basta o dolo eventual.

Não caminhou bem a lei penal ao não prever nenhuma possibilidade de a doente mental não poder ter relação sexual, nem mesmo com seu

consentimento, porquanto é óbvio que o desenvolvimento sexual sadio integra a completude do ser humano, incorporada, assim, em sua dignidade humana. Da forma intransigente como dispõe o nosso Código Penal Castrense, nem mesmo pelo casamento poderá a doente mental ter relação sexual, o que parece demasiadamente absurdo, exceto se o sujeito ativo for inimputável. Essa percepção com muita destreza tiveram Oswaldo Henrique Duek Marques e David Alves de Souza Lima:

"Embora a solução adotada pela legislação penal vigente e pelo referido anteprojeto objetive, por um lado, proteger a pessoa alienada ou débil mental, por outro, impõe-lhe a abstinência sexual total, independentemente de sua vontade e consentimento na relação sexual ou da espécie de seu vínculo com terceiro, ou mesmo das intenções deste na relação mantida. Cabe, ainda, destacar as hipóteses de existência de vínculo afetivo ou de casamento entre o agente e a pessoa alienada ou débil mental.

Apesar de o dispositivo mencionado do Código vigente estar inserido entre os crimes contra a liberdade sexual, a presunção absoluta de violência, nas situações referidas, parece justamente retirar essa liberdade de vontade da pessoa alienada ou débil mental, em descompasso com o princípio constitucional da liberdade e com a dignidade da pessoa humana. Esta constitui valor supremo de todo ser humano, não obstante as diferenças entre os indivíduos, como comenta José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 109).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, essa liberdade '*(autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo de sua efetiva realização no caso concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz*' (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 45)"**[1528]**.

A solução adequada, conforme também apontam os autores *supra*, parece ter encontrado o Código Penal português, utilizando a expressão

“aproveitando-se do seu estado ou incapacidade”, como o fez no delito de “abuso sexual de pessoa incapaz de resistência” (art. 165 do Código Penal português):

“1 – Quem praticar acto sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, *aproveitando-se do seu estado ou incapacidade*, é punido com pena de prisão de 6 meses a 8 anos.

2 – Quem, nos termos previstos no número anterior, praticar com outra pessoa cópula, coito anal ou coito oral é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos”.

Por fim, será também presumida a violência quando a vítima esteja impossibilitada de oferecer resistência, por qualquer motivo. “Pouco importa que a causa seja obra do agente ou não. É necessário, entretanto, que seja provada a impossibilidade completa de resistência. Exs.: enfermidade, paralisia dos membros, idade avançada, excepcional esgotamento, sono mórbido, síncopes, desmaios, estado de embriaguez alcoólica, delírios, estado de embriaguez ou inconsciência decorrente de ingestão ou ministração de entorpecentes, suporíferos etc.”**[1529]**.

Questão polêmica está na prática de vários estupros configurando ou não o crime continuado. Parece assistir razão a Damásio ao postular que é possível desde que haja certas condições, como a prática em relação à mesma vítima:

“Admite-se a continuação quando se trata do mesmo sujeito passivo. Tratando-se de vítimas diversas e distintas e lesando o estupro interesses jurídicos pessoais, somos de opinião de que não se poderá aceitar a figura do crime continuado. (...) Como exemplo da primeira hipótese, suponhamos que determinado indivíduo, ameaçando uma senhora casada de lhe causar mal grave, a constranja à conjunção carnal. Depois disso, ainda sob ameaça, a obrigue a numerosos encontros, possuindo-a diversas vezes. Estaremso diante de estupro continuado”**[1530]**.

Já no caso de prática seguida de atentado violento ao pudor e estupro, caso aquele seja o início ou preparação deste – por exemplo, obrigar a vítima a acariciar o membro para atingir a ereção e consequentemente obter o coito

vaginal –, entendemos que haverá hipótese de consunção do atentado violento ao pudor pelo estupro. Por outro lado, caso haja ato que não seja preparação para o estupro, como o coito anal antes do coito vaginal, ainda que com a mesma vítima, haverá, em nossa opinião, hipótese de concurso material de crimes, afastando-se a continuidade delitiva.

Nesse sentido, já decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 768.290/RS, julgado em 27 de outubro de 2005, sob relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido:

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TENTATIVA DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. HIPÓTESE DE CONCURSO MATERIAL. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a prática, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, de estupro e atentado violento ao pudor, não configura hipótese de continuidade delitiva, mas, sim, de concurso material, dada a desarmonia de espécies dos crimes considerados.

2. Recurso provido".

Todavia, nota-se mudança de orientação daquela Corte no Acórdão proferido pela mesma Turma no Agravo Regimental em Recurso Especial n. 826.363/RS, julgado em 22 de setembro de 2009, relator o Ministro Nilson Naves, com a seguinte ementa:

"Concurso de crimes (estupro e atentado violento ao pudor). Crime continuado (reconhecimento).

1. Estupro e atentado violento ao pudor são crimes da mesma espécie, uma vez que ofendem o mesmo bem jurídico – liberdade sexual.

2. Na hipótese dos autos, os crimes contra os costumes praticados hão de ser havidos como continuação um do outro, aplicando-se-lhes, como se fez na origem, o disposto no art. 71 do Cód. Penal.

3. Agravo regimental improvido".

Quando se tratar de vítimas distintas, no entanto, o STJ parece entender que os requisitos do crime continuado não estarão preenchidos, como visto, ainda da Sexta Turma, no *Habeas Corpus* n. 120.700/SP, julgado em 25 de agosto de 2009, relator o Ministro Og Fernandes, em que se decidiu:

"*HABEAS CORPUS*. ESTUPROS, ATENTADOS VIOLENTOS AO PU-DOR E ROUBOS. DELITOS COMETIDOS CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES, EM CIDADES DIVERSAS, DURANTE ALGUNS MESES. CRIME CONTINUADO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COM-PROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. PROVIDÊNCIA INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA.

1. Inviabilizado o deferimento do pedido de reconhecimento de crime continuado, com a consequente unificação das penas, porque não foram trazidos aos autos elementos que possibilitem a aferição de que os delitos praticados teriam ocorrido nas mesmas circunstâncias, com igual modo de atuação, em unidade de desígnios.

2. Na hipótese, o paciente respondeu a ações penais por crimes de estupro, atentado violento ao pudor e roubo, *perpetrados contra diferentes vítimas*, em cidades diversas, durante alguns meses, *não se evidenciando*, de plano, a presença dos requisitos indispensáveis à incidência da ficção jurídica.

3. De mais a mais, na instância ordinária se atestou que 'as circunstâncias dos crimes em análise não indicam que um ocorreu em decorrência do outro, não há nenhuma informação nos autos que demonstre que existiu qualquer elo entre os crimes'. Para se chegar a conclusão diversa, seria indispensável o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência que não se compatibiliza com a via do *habeas corpus*.

4. Ordem denegada". (g. n.)

Como já dissemos, salvo quando o atentado violento ao pudor for caminho para a obtenção da conjunção carnal, ainda que com vítimas distintas, entendemos estar afastada a hipótese de crime continuado. Aliás, essa também parece ser a posição do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica no

Habeas Corpus n. 90.922/SP (j. em 23-6-2009), sob relatoria do Ministro Cezar Peluso:

"1. AÇÃO PENAL. Absolvição. Impossibilidade. Reexame de provas. Questão dependente de cognição plena. Inadmissibilidade na via excepcional. Precedentes. Pedido de absolvição não cabe no âmbito do processo de *habeas corpus*, quando dependa de reexame da prova. 2. AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Continuidade delitiva. Impossibilidade. Concurso material. Precedentes, com ressalva. *A jurisprudência desta Corte não admite o reconhecimento de crime continuado entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor*. 3. EXECUÇÃO PENAL. Crime hediondo. Regime integralmente fechado. Inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 (Plenário, HC n. 82.959). Fato anterior ao início de vigência da Lei n. 11.464/2007. *Habeas* parcialmente concedido. O disposto no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.072/90, com a redação introduzida pela Lei n. 11.464/2007, não incide sobre fato anterior ao início de vigência desta última lei". (g. n.)

Também acolhendo a possibilidade de concurso de crimes entre atentado violento ao pudor e estupro, com a mesma vítima, *vide* do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, a Apelação Criminal n. 4.727/99 (Feito n. 19.618/97, 3ª Auditoria), julgada em 16 de julho de 2009, sob relatoria do Juiz Paulo Prazak:

"Incorre nos crimes de *estupro e atentado violento ao pudor* o policial militar que constrange civil, mediante grave ameaça, a praticar conjunção carnal e ato libidinoso diverso desta". (g. n.)

Ainda acerca da existência de crime continuado ou de concurso material, entre estupro e atentado violento ao pudor, deve-se lembrar que, se aplicada a regra do Código Penal Militar para os dois institutos, teremos consequências muito próximas, conforme se extrai da previsão dos arts. 79 e 80 do CPM, inclusive sendo mais evidente a não possibilidade de crime continuado para vítimas diversas pela previsão do parágrafo único do art. 80, que dispõe: "Não há crime continuado quando se trata de fatos ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, *salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a*

mesma vítima". Assim, a discussão torna-se relevante para os que entendem aplicável ao crime militar a regra do crime continuado presente no art. 71 do CP, que após a edição da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, assim dispõe:

"Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código".

Como visto, a disciplina do CP para o crime continuado é mais favorável ao acusado do que a prevista no CPM, razão pela qual a jurisprudência tem admitido a aplicação do art. 71 daquele Código em substituição ao art. 80 do CPM, consagrando-se, como regra, a exasperação, e não o cúmulo material.

Essa visão é a vigente no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, que, por exemplo, na Apelação Criminal n. 5.240/03 (Feito n. 31.856/02 –, 4ª Auditoria), sob relatoria do Juiz Cel. PM Lourival Costa Ramos, decidiu, em 25 de agosto de 2005:

"Reconhecida a continuidade delitiva nas ações desenvolvidas pelo policial militar, aplicáveis as regras atinentes ao crime continuado com a unificação das penas nos termos do artigo 71 do Código Penal, visando alcançar punição compatível com o senso de distribuição de justiça. A pena excessivamente longa não atinge sua finalidade de recuperação do infrator".

Também vigente essa concepção no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, como se verifica na Apelação Criminal n. 2.332 (Proc. n. 17.381/3ª AJME), que, sob relatoria do Juiz Cel. PM Paulo Duarte Pereira,

decidiu, em 4 de novembro de 2004:

“Tendo em vista as circunstâncias do crime, a personalidade do agente, a extensão do dano e o número de incidências, pode-se aplicar, conforme o caso, na dosimetria da pena, para a continuidade delitiva, em vez do disposto no art. 80 do CPM, a regra do art. 71 do Código Penal Comum, por ser mais condizente com a moderna política criminal”.

Apesar desse entendimento, há posição contrária, em que se sustenta a aplicação da regra do art. 80 do CPM, sem a possibilidade de aplicação da norma do Código Penal comum. Surpreendentemente, como lembra Jorge César de Assis**[1531]**, assim julgou o Supremo Tribunal Federal, que em sede do *Habeas Corpus* n. 86.854/SP, em 14 de março de 2006, relator o Ministro Carlos Britto, considerou válida a regra do art. 80 do CPM:

“*EMENTA*: *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR DE CONCUSSÃO (ARTS. 305 E 53 DO CPM). EXIGÊNCIA DE DINHEIRO PARA NÃO LAVRATURA DE AUTOS DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. PRETENDIDA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES DA REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA, PREVISTA NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL COMUM. IMPOSSIBILIDADE. Revela-se devidamente fundamentada a sentença que, para majorar em dois meses a pena-base do acusado, se louva na especial gravidade do crime e no seu modo de execução, tudo conforme o art. 69 do Código Penal Militar. Não se aplica aos crimes militares a regra de continuidade delitiva a que se reporta o art. 71 do Código Penal Comum. Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. No caso, tal premissa não se faz presente. Bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um ‘hibridismo’ incompatível com o princípio da especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares. Precedentes. Ordem denegada”.

No delito de estupro, dada sua natureza clandestina – praticado quase sempre em local ermo e sem testemunhas –, a prova pode ser de difícil obtenção, o que, às vezes, leva a uma valoração muito criteriosa da palavra da vítima, que, se respaldada por outros indícios, poderá ser fundamental para o reconhecimento do delito. Trata-se da chamada *síndrome da mulher de Potifar*[1532], como nos ensina Rogério Greco:

"Por meio da chamada síndrome da mulher de Potifar, o julgador deverá ter a sensibilidade necessária para apurar se os fatos narrados pela vítima são verdadeiros, ou seja, comprovar a *verossimilhança* de sua palavra, caso contradiga com a negativa do agente.

A falta de credibilidade da vítima poderá, portanto, conduzir à absolvição do acusado, ao passo que a verossimilhança de suas palavras será decisiva para um decreto condenatório"[1533].

Nessa linha, temos, do Supremo Tribunal Federal, o *Habeas Corpus* n. 79.788/MG (j. em 2-5-2000), sob relatoria do Ministro Nelson Jobim:

"*EMENTA*: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO. NEGATIVA DE AUTORIA. ERRO DE TIPO. VIDA DESREGRADA DA OFENDIDA. CONCUBINATO. 1. Em se tratando de delito contra os costumes, *a palavra da ofendida ganha especial relevo*. Aliada aos exames periciais, ilide o argumento da negativa de autoria. 2. O erro quanto à idade da ofendida é o que a doutrina chama de erro de tipo, ou seja o erro quanto a um dos elementos integrantes do erro do tipo. A jurisprudência do tribunal reconhece a atipicidade do fato somente quando se demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 (quatorze) anos. Precedentes. No caso, era do conhecimento do réu que a ofendida tinha 12 (doze) anos de idade. 3. Tratando-se de menor de 14 (quatorze) anos, a violência, como elemento do tipo, é presumida. Eventual experiência anterior da ofendida não tem força para descaracterizar essa presunção legal. Precedentes. Ademais, a demonstração de comportamento desregrado de uma menina de 12 (doze) anos implica em revolver o contexto probatório. Inviável em *Habeas*. 4. O casamento da ofendida com terceiro, no curso da ação penal, é causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, VIII). Por analogia, poder-se-ia admitir, também, o concubinato da

ofendida com terceiro. Entretanto, tal alegação deve ser feita antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. O recorrente só fez após o trânsito em julgado. Negado provimento ao recurso".

Nesse mesmo sentido, agora do Superior Tribunal de Justiça, o *Habeas Corpus* n. 135.972/SP (j. em 3-11-2009), sob relatoria do Ministro Felix Fischer:

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 214 C/C ART. 224, ALÍNEA *A*, E ART. 226, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

I – *A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que nestes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios (Precedentes)*.

II – No caso em tela, infirmar a condenação do ora paciente, ao argumento da insuficiência das provas coligidas, demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de *habeas corpus* (Precedentes). Ordem denegada". (g. n.)

Questão interessante, hoje não mais importante para o Direito Penal comum, mas de extrema relevância para o Direito Penal Militar, está na análise do constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, de um homem, por uma mulher, para a prática de conjunção carnal. Como vimos, quando o homem constrange a mulher para a prática de conjunção carnal, temos o estupro (art. 232 do CPM). Quando o homem constrange alguém (outro homem ou uma mulher) à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ou quando uma mulher constrange alguém (outra mulher ou um homem) a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, como veremos, teremos o atentado violento ao pudor (art. 233 do CPM). Mas a mulher constrangendo o homem à prática de conjunção carnal não se enquadra em nenhuma das duas hipóteses, devendo responder simplesmente por constrangimento ilegal (art. 222 do CPM). Nesse sentido, com acerto, dispõe Rogério Greco:

"Como o ato de libidinagem importa na própria conjunção carnal, não

se poderá raciocinar em atentado violento ao pudor.

A hipótese de estupro também está descartada, pois que o homem não pode ser sujeito passivo desse delito.

Resta-nos, portanto, o crime de constrangimento ilegal (...)"**[1534]**.

A pena será majorada entre um quinto e um terço (*quantum* obtido por aplicação do art. 78 do CPM), nos termos do art. 237 do CPM, se o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas constrangendo a vítima, bem como quando for praticado por oficial, ou por militar em serviço. Obviamente, a incidência desta causa especial de aumento de pena, afastará a circunstância agravante idêntica (art. 70, II, l, do CPM).

Por outro lado, o CPM não previu hipóteses qualificadas pelo resultado da lesão corporal grave (ou gravíssima) ou morte, a exemplo do que fazia a redação do art. 223 do CP, antes da alteração trazida pela Lei n. 12.015/2009, ou como fazem hoje, também no CP, os §§ 1º e 2º do art. 213. A solução, parece-nos, é entender haver concurso de crimes, como aliás indica o preceito secun-dário do crime, prevendo a pena de "reclusão, de três a oito anos, *sem prejuízo da correspondente à violência*".

• **Elemento subjetivo:** o elemento subjetivo deste delito é o dolo, a vontade livre e consciente de buscar o coito vaginal (*introductio penis intra vas*). O elemento subjetivo, nesse sentido, será fundamental para a distinção entre o estupro tentado e o atentado violento ao pudor.

• **Consumação:** o delito se consuma com a introdução do pênis na vagina da vítima, como dito, ainda que de forma parcial.

• **Tentativa:** existe no caso em que há o constrangimento, mas o autor, por circunstâncias alheias a sua vontade, não consegue realizar a penetração.

Atente-se, no entanto, para o fato de que o ato de constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso, inclusive a conjunção carnal, ainda que esse ato não se consume, não configurará tentativa de estupro, e sim crime consumado previsto no art. 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, como dissemos, é possível a tentativa de estupro, podendo ser distinta do atentado violento ao pudor pelo dolo do agente. Nesse sentido, dispõem Mirabete e Fabbrini:

"Não se justifica a dúvida quanto à possibilidade de tentativa de estupro. Havendo constrangimento para a prática da conjunção carnal, não obtida por circunstâncias alheias à vontade do agente, há tentativa de estupro. (...).

A intenção do agente é o elemento pelo qual se afere se houve tentativa de estupro ou atentado violento ao pudor. Num, a conjunção carnal é o fim, noutro, o ato de libidinagem. Não se traduzindo os atos exteriores em induvidoso começo de execução do estupro, ao ato libidinoso configurará atentado violento ao pudor"**[1535]**.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto havia, antes da Lei n. 12.015/2009, idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7.2. Atentado violento ao pudor

• **Tipo legal**

Art. 233. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a presenciar, a praticar ou permitir que com ele pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, sem prejuízo da correspondente à violência.

• **Objetividade jurídica:** Protege-se a liberdade sexual da pessoa, o seu direito de dispor sexualmente do próprio corpo.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo poderá ser um militar (da ativa ou inativo) ou um civil, lembrando que este somente perpetra delito militar no âmbito da Justiça Militar da União, em função da restrição imposta às Justiças Militares dos Estados pelo art. 125, § 4º, da CF.

Diversamente do delito de estupro, em que o homem é o sujeito ativo, aqui, qualquer pessoa pode figurar no polo ativo do crime.

Também aqui entendemos ser possível o marido figurar como autor do crime, porquanto o casamento não autoriza a prática de ato sexual sem o consentimento da esposa.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, poderá também ser qualquer pessoa.

Em se tratando de sujeito passivo menor de 18 anos, deve-se verificar que, em nome da especialidade, caso haja a prática de sexo explícito ou de ato pornográfico com o fim de registro de imagens para divulgação, o sujeito ativo responderá por delito previsto no § 1º do art. 240 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, que assim dispõe:

"Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de *sexo explícito ou pornográfica*, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, *coage*, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no *caput* deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento".

Note-se que, na figura do *caput*, não se fala em ato libidinoso, mas em sexo explícito ou ato pornográfico. *Sexo explícito* refere-se à evidente prática de conduta sexual, enquadrando não só a conjunção carnal, mas também a felação, o coito anal, a masturbação etc. *Ato pornográfico* é aquele que demonstra, descreve ou evoca luxúria ou libidinagem, indecência, imoralidade ou libertinagem. Dessa forma, as modalidades do Estatuto da Criança e do Adolescente podem englobar o conceito de ato libidinoso diverso, sendo a conjunção carnal ou outro ato. Perceba-se, ademais, que o § 1º do art. 240 do referido Estatuto coloca a modalidade "coagir", que pode significar constranger alguém por grave ameaça, donde se conclui que se uma pessoa menor de 18 anos for constrangida, por violência ou grave ameaça, à prática de ato libidinoso para que se proceda o registro em filmagem ou fotografia, não será caso de atentado violento ao pudor, mas sim o delito do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A submissão, por constrangimento ou outra forma, da criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual configurará o crime do art. 244-A, também do Estatuto da Criança e do Adolescente, sem prejuízo de que aquele que pratique o ato libidinoso, no ato isolado, possa responder pelo atentado violento ao pudor.

Por outro lado, se o menor de 18 anos for constrangido apenas para a prática do ato sexual, sem a intenção de captação de imagens, o caso será de atentado violento ao pudor, e não do crime do art. 240 do Estatuto da Criança e do

Adolescente. Também será caso de atentado violento ao pudor a prática de ato libidinoso, com consentimento do menor de 14 anos, mesmo com o registro da imagem, em que haverá violência presumida, como veremos adiante, porquanto não houve a coação importando no constrangimento real, elemento típico do § 1º do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

• **Elementos objetivos:** com descrição semelhante à antiga redação do art. 214 do CP, o tipo penal militar do delito de atentado violento ao pudor tem por conduta nuclear o verbo "constranger", ou seja, forçar, obrigar, subjugar a pessoa, por ameaça ou violência, a presenciar, praticar ou permitir em si a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Embora a prova do atentado violento ao pudor também possa estar ligada ao exame médico-legal no sujeito ativo – como no coito anal, por exemplo –, em alguns casos esse exame é prescindível, por não comportar violência na prática do ato sexual em si, como na felação.

A *violência* empregada para subjugar a vítima, ademais, não precisa causar lesão corporal, bastando que haja a violência física (*vis corporalis*). A *grave ameaça* consiste na violência moral (*vis compulsiva*), caracterizada pela promessa de um mal justo ou injusto e grave, por exemplo, a ameaça de morte com o emprego de arma de fogo para chegar ao coito anal (mal injusto), ou o caso do policial militar que faz que um transexual pratique sexo oral com ele para que não o prenda, em uma hipótese respaldada pela lei (mal justo).

A *violência* deve ser dirigida à própria vítima, mas na *grave ameaça* o mal prometido deve chegar ao conhecimento da vítima, podendo, entretanto, ser a ela dirigido (direta) ou mesmo a terceiro (indireta), como o militar que, de serviço, ameaça matar o filho de uma mulher para que esta ceda ao ato sexual (e. g., coito anal).

O ato praticado deve ser libidinoso e diverso da conjunção carnal. *Ato libidinoso*, como muito bem ensina Damásio de Jesus, "é o que visa ao prazer sexual. É todo aquele que serve de desafogo à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual. (...) Objetivamente considerado, o ato libidinoso deve ser ofensivo ao pudor coletivo, contrastando

com o sentimento de moral médio, sob o ponto de vista sexual. Além disso, subjetivamente, deve ter por finalidade a satisfação de um impulso de luxúria, de lascívia”**[1536]**.

Por essa concepção, são inequivocamente atos libidinosos o coito anal, o coito *inter femora* e o sexo oral (*fellatio in ore*). Por outro lado, alguns atos não são tão evidentemente libidinosos, havendo dificuldade de enquadramento em razão de o “conceito de ato libidinoso abranger não apenas o equivalente ou sucedâneo fisiopsicológico da conjunção carnal, mas também outras manifestações de libidinagem em que, embora não se realizem sobre os órgãos sexuais nem levem à plena satisfação genésica, estejam presentes o impulso lascivo e a ofensa à moralidade média”**[1537]**. É o caso, por exemplo, do beijo lascivo, para o qual encontramos enquadramento como ato libidinoso e com o ato não libidinoso. Nesse sentido, *vide* do Superior Tribunal de Justiça o Recurso Especial n. 757.127/SP (2005/0093526-3), julgado pela Quinta Turma em 14 de dezembro de 2005, sob a relatoria do Ministro Felix Fischer:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REVALORAÇÃO DA PROVA. ATO LIBIDINOSO.

I – Em nosso sistema, atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os contatos voluptuosos e os *beijos lascivos*.

II – Se, em segundo grau, restou entendido que o acusado praticou atos próprios do ilícito imputado, não cabe a desclassificação fulcrada no princípio da razoabilidade.

III – A revaloração da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial.

IV – Impropriedade da aplicação do princípio da razoabilidade. Recurso provido”. (g. n.)

Na mesma linha, ainda da Quinta Turma do STJ, o Recurso Especial n. 1007121/ES (2007/0272819-0), julgado em 20 de agosto de 2009, sob a relatoria do mesmo Ministro:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 214 DO CP. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONFIGURAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL OU CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INADMISSIBILIDADE. CONSUMAÇÃO.

I – Em sede de recurso especial é inviável qualquer discussão de violação de normas constitucionais.

II – Em nosso sistema, o delito de atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos.

III – O delito de atentado violento ao pudor se consuma com a efetiva prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Na hipótese dos autos, os fatos descritos na denúncia, inquestionavelmente, caracterizam o delito em sua forma consumada. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido”.

Entendemos, no entanto, que o beijo lascivo, desde que não seja aplicado sobre os órgãos sexuais e os seios desnudos, não há que caracterizar o ato libidinoso capaz de configurar o crime sexual, podendo, contudo, configurar o constrangimento ilegal, como já nos posicionamos ao estudar o art. 222 do CPM. Nesse sentido, muito bem ensina Rogério Greco:

“Embora exista controvérsia, entendemos que o beijo lascivo não configura atentado violento ao pudor. Poderá, nesse caso, ser responsabilizado pelo delito de constrangimento ilegal, previsto pelo art. 146 do Código Penal, ou mesmo pela contravenção penal de *importunação ofensiva ao pudor* (art. 61 da LCP), dependendo da gravidade do fato praticado, evitando-se, outrossim, a aplicação de uma pena extremamente desproporcional”**[1538]**.

No plano jurisprudencial, essa visão também pode ser encontrada. O Tribunal de Justiça da São Paulo, por sua Sexta Câmara de Direito Criminal, na Apelação Criminal n. 990.09.184903-0 – Sorocaba/SP, julgada em 4 de fevereiro de 2010, relator o Desembargador Machado de Andrade, decidiu:

“Apelação Criminal – Desclassificação do delito de atentado violento

ao pudor para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor – Recurso Ministerial – Atos perpetrados pelo réu contra sua sobrinha que se *restringiram a beijos no pescoço – Ato que configura ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mas que falta danosidade proporcional – Desclassificação da conduta corretamente operada* – Apelo ministerial desprovido". (g. n.)

Outro ponto de acalorada discussão está na agressão da vítima em zonas sexuais de seu corpo, com o intuito de humilhação. Por óbvio, o enquadramento dependerá da gravidade da agressão, podendo-se afirmar que o simples tapa na nádega, por exemplo, com o escopo de inferiorizar a vítima, configurará injúria real (art. 217 do CPM), e não atentado violento ao pudor. Por outro bordo, ainda que se tenha a finalidade de humilhar, a conduta mais invasiva, como a introdução de objetos no ânus da vítima, ou o ato de obrigá-la a beijar o órgão sexual do agente, configuraria, na nossa opinião, o delito em estudo**[1539]**.

Também configura o ato libidinoso de atentado violento ao pudor a carícia do sujeito ativo nos órgãos sexuais da vítima, a tentativa de introdução do dedo na vagina etc., podendo inclusive o ato ser praticado no curso de revista pessoal. Nesse sentido entendeu o Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, na Apelação Criminal n. 5.205/03 (Feito n. 28.933/01, 2ª Auditoria), julgada pela Segunda Câmara, em 22 de setembro de 2005, relator o Juiz Paulo Prazak:

"Comete o crime de atentado violento ao *pudor* policial militar que, durante revista pessoal, valendo-se do temor provocado por sua condição, constrange as vítimas a permitirem a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Decreto condenatório fundado no depoimento das vítimas com forte significância probatória, em harmonia com as demais provas testemunhais e circunstanciais".

O ato libidinoso, nos termos da descrição típica, pode ser praticado com a interação da vítima, que pode ser obrigada a praticar (conduta ativa) o ato no sujeito ativo, como no caso de ser obrigada à felação, ou em terceiro, como no caso do policial militar que obriga a vítima a praticar sexo oral em uma outra pessoa, permanecendo o coator (sujeito ativo) apenas assistindo ao ato sexual. De notar, neste caso, que o tipo penal não exige que o sujeito ativo interaja com a

vítima, ou, do contrário, teríamos o tipo penal com essa restrição, a exemplo da descrição típica "constranger alguém a praticar consigo ato libidinoso diverso da conjunção carnal". O terceiro envolvido, poderá, de acordo com sua condição, tornar-se coautor do delito – quando em liame subjetivo quiser praticar o ato com a pessoa constrangida –, mero "instrumento" do delito – quando, por exemplo, ainda que queira a prática do ato, seja inimputável –, ou até mesmo outro sujeito passivo do delito – como no caso de também ser constrangido, irresistivelmente, a praticar o ato libidinoso com a outra pessoa também constrangida a tolerar a prática do ato.

Ainda com a interação da vítima, é possível que ela seja constrangida não a praticar, mas a tolerar, a permitir a prática do ato libidinoso em seu corpo (conduta passiva), como no caso de obrigá-la a suportar o coito anal. Aqui, da mesma forma, a interação da vítima pode ser com o próprio sujeito ativo ou com terceiro, que poderá apresentar-se também nas três situações já descritas: coautor, instrumento do crime e sujeito passivo.

Embora se discuta, também entendemos possível o delito quando a vítima é obrigada a praticar em si própria o ato libidinoso – quando é obrigada a se masturbar –, visto que não há elemento típico nesse sentido. Segundo Damásio de Jesus: "Não há necessidade de que a vítima pratique o ato libidinoso com o autor do crime. Pode ser levada a praticá-lo com terceiro (ou a permitir que este o pratique) ou mesmo em si mesma, como a hipótese de automasturbação"**[1540]**.

O art. 233 do CPM possui uma modalidade que não existia na antiga redação do art. 214 do CP, qual seja, a conduta nuclear de constranger alguém a presenciar a prática de ato libidinoso. Nesta modalidade, a vítima não interage com o sujeito ativo ou com terceiro, mas é forçada, por violência ou grave ameaça, a contemplar passivamente o ato praticado por terceiros. Claro que se a vítima, neste caso, for menor de 18 anos (criança ou adolescente), estará presente a figura do art. 234 do CPM (corrupção de menores), porém, se criança menor de 12 anos for induzida a ter acesso a cena de prática de sexo explícito ou a cena pornográfica de forma indireta (por vídeo ou fotografia), tendo o agente a intenção de com ela praticar ato libidinoso (aqui incluindo-se a conjunção carnal), não haverá o crime em estudo, mas sim o definido no inciso I do art.

241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Também pressupõe o delito de atentado violento ao pudor que não haja consentimento do sujeito passivo, já que o delito para se configurar exige o constrangimento pela violência ou ameaça, devendo a vítima opor-se de forma veemente, decidida, sincera, ao ato libidinoso, sem se exigir, por óbvio, uma resistência heroica com grave risco da vítima. Não há, por exemplo, constrangimento, quando a vítima demonstra resistência por um jogo de sedução, ou evidentemente demonstra que deseja o coito anal. Por outro bordo, entendemos que o ato de a vítima solicitar, após vencida em sua resistência, que o violentador utilize preservativo, não significa evidente anuência, podendo ainda estar presente o dissenso do sujeito passivo.

Por outro bordo, mesmo com o consentimento do sujeito passivo, o constrangimento estará presente pela presunção da violência, nos termos do art. 236 do CPM, conforme vimos nos comentários ao art. 232.

Também entendemos, a exemplo do que discorremos no estudo do delito de estupro, que é possível o reconhecimento do crime continuado no caso de vários atentados violentos ao pudor em relação à mesma vítima, mas inviável quando se tratar de vítimas diferentes, por previsão do parágrafo único do art. 80 do CPM, quando teremos concurso material de crimes.

Nesse sentido, a Apelação Criminal n. 4.656/99 (Feito n. 19.037/97, 4ª Auditoria), julgada pela Primeira Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, em 3 de setembro de 2002, sob relatoria do Juiz Cel. PM Ubirajara de Almeida Gaspar:

"Policial Militar que *leva duas vítimas*, menores de 14 anos, para o quartel, em dias distintos, e abusa sexualmente de ambas, comete o delito de atentado violento ao pudor, com presunção de violência e aumento de pena, *reconhecido o concurso de crimes*. Na Justiça Militar a ação penal somente se promove por iniciativa do Ministério Público, como estabelece o artigo 121 do Código Penal Militar". (g. n.)

Discute-se a possibilidade de aplicação do regramento do crime continuado do Código Penal comum nos crimes militares, já que a previsão do

Código Penal Militar é demasiadamente rígida. Sobre essa discussão, evidenciamos os posicionamentos quando do estudo da Parte Geral e do crime de estupro, para onde remetemos o leitor.

Na prática seguida de atentado violento ao pudor e estupro, caso aquele seja o início ou preparação deste – por exemplo, obrigar a vítima a acariciar o membro para atingir a ereção e consequentemente obter o coito vaginal –, entendemos que haverá hipótese de consunção do atentado violento ao pudor pelo estupro. Por outro lado, caso haja ato que não seja preparação para o estupro, como o coito anal antes do coito vaginal, ainda que com a mesma vítima, haverá, em nossa opinião, hipótese de concurso material de crimes, afastando-se a continuidade delitiva. Para verificar posições jurisprudenciais, também remetemos o leitor aos nossos comentários ao delito de estupro.

No delito de atentado violento ao pudor, dada sua natureza clandestina – praticado quase sempre em local ermo e sem testemunhas –, a prova pode ser de difícil obtenção, o que, às vezes, leva a uma valoração muito criteriosa da palavra da vítima, que, se respaldada por outros indícios, poderá ser fundamental para o reconhecimento do delito. "A falta de credibilidade da vítima poderá, portanto, conduzir à absolvição do acusado, ao passo que a verossimilhança de suas palavras será decisiva para um decreto condenatório"**[1541]**.

Nessa linha, *vide* a Apelação Criminal n. 5.384/04 (Feito n. 32.142/02, 2ª Auditoria), decidida pela Primeira Câmara do Tribunal de Justiça Militar, em 2 de maio de 2006, sob relatoria do Juiz Paulo Prazak:

"Atentado Violento ao Pudor – Conjunto probatório restrito à versão da vítima e à do acusado – Inexistência de outros elementos de convicção – Impossibilidade de existir sentença condenatória, que exige certeza absoluta e incontestável quanto ao fato punível – Aplicação do princípio do *in dubio pro reo* – Absolvição decretada".

Vide, ainda, do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, a Apelação Criminal n. 2.447 (j. em 13-11-2007, relator o Juiz Cel. PM Sócrates Edgard dos Anjos:

"O depoimento da vítima, estando em harmonia com as outras provas

circunstanciais contidas no caderno probatório, poderá servir de suporte para uma decisão condenatória, principalmente em delitos que geralmente não têm testemunhas, que ocorrem às ocultas. Não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas se a autoria e a materialidade restaram sobejamente provadas nos autos. Nega-se provimento ao apelo".

Pertinente também aqui lembrar que, quando o homem constrange a mulher para a prática de conjunção carnal, temos o estupro (art. 232 do CPM); quando o homem constrange alguém (outro homem ou uma mulher) à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ou quando uma mulher constrange alguém (outra mulher ou um homem) à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, teremos o atentado violento ao pudor (art. 233 do CPM); mas a mulher constrangendo o homem à prática de conjunção carnal não se enquadra em nenhuma das duas hipóteses, devendo responder simplesmente por constrangimento ilegal (art. 222 do CPM).

A pena será majorada de um quinto e um terço (*quantum* obtido por aplicação do art. 78 do CPM), nos termos do art. 237 do CPM, se o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas constrangendo a vítima, bem como quando for praticado por oficial ou por militar em serviço. Obviamente, a incidência desta causa especial de aumento de pena afastará a circunstância agravante idêntica (art. 70, II, l, do CPM). Nessa linha, *vide*, do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, a Apelação Criminal n. 2.352 (j. em 18-10-2005), relator o Juiz Jadir Silva:

"Comete o crime de atentado violento ao pudor aquele que pratica ato de libidinagem com menor de quatorze anos, *com as agravantes de estar em serviço* e com a presunção de violência, servindo, ainda, de base para a fixação da pena os antecedentes do acusado registrados em seu Extrato de Registros Funcionais. Recurso provido. Com o convencimento de que houve atos de fundo sexual, conforme farta prova instrutória do caderno probatório, a autoria e materialidade sobejamente comprovadas na prática do crime de atentado violento ao pudor, nega-se provimento ao recurso da defesa".

Por outro lado, o CPM não previu hipóteses qualificadas pelo resultado da lesão corporal grave (ou gravíssima) ou morte, a exemplo do que previa o art.

223 do CP, antes da alteração trazida pela Lei n. 12.015/2009, ou como estabelecem hoje, também do CP, os §§ 1º e 2º do art. 213. A solução, parece-nos, é entender haver concurso de crimes, como aliás indica o preceito secundário do crime, prevendo a pena de "reclusão, de dois a seis anos, *sem prejuízo da correspondente à violência*".

• **Elemento subjetivo:** o elemento subjetivo deste delito é o dolo, a vontade livre e consciente de buscar a prática de ato libidinoso diverso da *introductio penis intra vas*. O elemento subjetivo, nesse sentido, será fundamental para a distinção entre o estupro tentado e o atentado violento ao pudor.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática do ato libidinoso diverso da introdução do pênis na vagina da vítima, podendo-se resumir no coito *inter fermura*, coito anal, beijo em órgão sexual etc.

Consuma-se ainda com a presença forçada do sujeito passivo assistindo à prática do ato libidinoso.

• **Tentativa:** existe no caso em que há constrangimento mas o autor, por circunstâncias alheias à sua vontade, não consegue fazer que a vítima presencie ou participe (fazendo ou deixando que se faça consigo) do ato libidinoso

Atente-se, no entanto, para o fato de que o ato de constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso, ainda que esse ato não se consume, não configurará tentativa de atentado violento ao pudor, e sim o crime consumado previsto no art. 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto havia, antes da Lei n. 12.015/2009, idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da

União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7.3. Corrupção de menores

• **Tipo legal**

Art. 234. Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de dezoito e maior de quatorze anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:

Pena – reclusão, até três anos.

• **Objetividade Jurídica:** o tipo penal em foco tutela a moral sexual da pessoa menor de 18 e maior de 14 anos de idade.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo poderá ser um militar (da ativa ou inativo) ou um civil, lembrando que este somente perpetra delito militar no âmbito da Justiça Militar da União, em função da restrição imposta às Justiças Militares dos Estados pelo art. 125, § 4º, da CF.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, poderá ser qualquer pessoa, desde que com idade compreendida entre 14 e 18 anos, e que não esteja sexualmente corrompido. Nessa linha, Damásio de Jesus consigna:

"Não pode ser sujeito passivo do crime o menor já inteiramente corrompido. Tal conclusão deriva do fato de que não se pode corromper quem já se encontra totalmente corrompido. Todavia, há uma verdadeira escala de corrupção. Somente não se caracterizará o delito se o menor já estiver no grau máximo de degradação. Caso já não revele inocência, mas esteja ainda nos primeiros degraus da escala da corrupção, o menor poderá ser levado a um grau maior, suficiente para demonstrar a existência do crime".

Deve-se verificar que, em nome da especialidade, caso haja a prática

de sexo explícito ou de ato pornográfico com o fim de registro de imagens para divulgação, o sujeito ativo responderá pelo delito previsto no § 1º do art. 240 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, que assim dispõe:

"Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de *sexo explícito ou pornográfica*, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no *caput* deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento".

Como o delito pressupõe o consentimento da vítima – ou poderíamos ter o delito de estupro –, havia, antes da Lei n. 12.015/2009, questão bem interessante no Direito Penal comum, especificamente no caso de induzimento de menor de 14 anos para que presenciasse (diretamente) ato libidinoso. Essa questão foi muito bem colocada por César Dario Mariano:

"O sujeito passivo do delito poderá ser o homem ou a mulher, desde que maior de 14 e menor de 18 anos de idade. Se a vítima for menor de 14 anos de idade e houver a prática de atos libidinosos, o crime será de atentado violento

ao pudor ou de estupro, com violência presumida, nos termos do art. 224, *a*, do Código Penal; porém, se a conduta for a de induzir menor de 14 anos a presenciar atos de libidinagem, o fato será atípico"**[1542]**.

A questão, em menor grau, existe também no Direito Penal Militar, já que o atentado violento ao pudor possui uma conduta nuclear a mais do que previa o antigo art. 214 do CP, a saber, o constrangimento da vítima a presenciar a prática de ato libidinoso. Assim, caso o agente faça menor de 14 anos presenciar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, pela presunção de violência, haverá conduta tipificada no art. 233 do CPM (atentado violento ao pudor). Porém, se fizer presenciar conjunção carnal, a conduta será atípica para o CPM. Com o advento da Lei n. 12.015/2009, no entanto, essa "lacuna de punibilidade" foi sanada, possibilitando que o agente, de forma residual em função de não haver previsão no Código Penal Militar, responda pelo crime de "satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente", capitulado no art. 218-A do Código Penal comum, com a seguinte redação: "Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a *presenciar*, *conjunção carnal ou outro ato libidinoso*, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem".

Ademais, se uma criança (menor de 12 anos) for induzida a ter acesso a cena de prática de sexo explícito ou a cena pornográfica *de forma indireta (por vídeo ou fotografia)*, tendo o agente a intenção de com ela praticar ato libidinoso, não haverá o crime em estudo, mas sim aquele definido no inciso I do art. 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A submissão, por constrangimento ou outra forma, da criança ou adolescente (abaixo de 18 anos) à prostituição ou à exploração sexual, configurará o crime do art. 244-A, também do Estatuto da Criança e do Adolescente, sem prejuízo de que aquele que pratique o ato libidinoso, no ato isolado, possa responder pelo delito de corrupção de menores.

• **Elementos objetivos:** o crime de corrupção de menores possuía previsão idêntica no art. 218 do Código Penal comum e no art. 234 do Código Penal Militar. Contudo, a Lei n. 12.015/2009 revogou o dispositivo do Código Penal comum, de sorte que hoje o crime de corrupção de menores apenas existe

como crime militar.

A primeira conduta nuclear do art. 234 do CPM é "corromper" pessoa menor de 18 e maior de 14 anos de idade, pela prática com ela de ato de libidinagem. Pressupõe-se assentimento do sujeito passivo ou, do contrário, teremos outro crime sexual, como o estupro ou o atentado violento ao pudor.

Corromper significa depravar, perverter, viciar a pessoa em sentido sexual, o que se alcança por três meios de execução: prática de ato de libidinagem, induzindo-a a praticar tal ato ou induzindo-a a presenciar o ato de libidinagem.

Ato de libidinagem, sinônimo de ato libidinoso, deve ser entendido como aquele apto a aflorar o prazer sexual, a libido do sujeito passivo, incluindo-se aqui qualquer ato que possa satisfazer a lascívia do sujeito ativo, como a conjunção carnal, o coito anal, a felação, a carícia em órgãos sexuais etc. Não entendemos que o beijo tenha essa aptidão, salvo se em zonas sexuais da vítima (seios e órgãos sexuais, p. ex.).

Esse ato de libidinagem, na primeira hipótese, deve ser praticado com a vítima, devendo haver interação do sujeito ativo com o sujeito passivo ("com ela praticando", diz o tipo penal), que se comporta tolerando a prática do ato libidinoso.

Na segunda hipótese, o sujeito ativo induz a vítima a praticar o ato libidinoso, ou seja, cria a ideia na cabeça da vítima, persuade, determina a vontade de prática do ato pela vítima, que assente e passa para uma conduta ativa, sob o enfoque sexual. Nesse caso, a vítima poderá praticar o ato libidinoso com o próprio sujeito ativo ou com terceiro, que poderá ou não ser responsabilizado pelo delito. Caso saiba da condição da vítima de menor de 18 anos, e da possibilidade de corrompê-la, poderá ser coautor, inserido na primeira modalidade, ou seja, corromper a vítima pela prática de ato libidinoso; caso não saiba dessa condição ou seja inimputável, não deverá responder pelo delito, pela falta de elemento subjetivo ou pela inimputabilidade; por fim, caso seja constrangido por violência ou grave ameaça, poderá ser sujeito passivo de atentado violento ao pudor ou de estupro, conforme o caso, quando o sujeito ativo responderá pelos dois delitos em concurso (corrupção de menores e estupro ou

atentado violento ao pudor).

Na terceira possibilidade, o sujeito ativo corrompe a vítima induzindo-a a assistir diretamente (visualização presencial) a prática de ato libidinoso, que terá outros atores. Como dito, se essa exposição for por meio indireto (filme ou fotos), haverá o crime do inciso I do art. 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente. Caso a exposição seja direta (visualização presencial) à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mas a vítima tenha menos de 14 anos, teremos o delito de atentado violento ao pudor (art. 233 do CPM), pela presunção de violência, visto que no Código Penal Castrense existe a modalidade de constranger a "presenciar" para esse crime. Caso a exposição seja direta (visualização presencial) à prática de conjunção carnal, e a vítima tenha menos de 14 anos, não teremos ato tipificado no Código Penal Castrense, mas a conduta será subsumida pelo art. 218-A do Código Penal comum, com a redação dada pela Lei n. 12.015/2009 (crime de "satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente").

Também é conduta típica no crime em estudo o ato de "facilitar a corrupção" pelas três formas já estudadas, pela prática de ato de libidinagem com a vítima, pelo induzimento a que ela pratique esse ato ou pelo induzimento a que ela assista diretamente à prática de ato de libidinagem. Entendemos que a descrição típica "facilitar" a corrupção, em verdade não se configura em conduta autônoma, mas apenas uma técnica de transformar o crime em um crime de atentado.

Em outras palavras, a prática dos três meios de execução corrompe ou facilita a corrupção da vítima menor de 18 e maior que 14 anos, de sorte que, assim, parece-nos, o crime como um todo não carece de demonstração de que a vítima efetivamente foi corrompida.

Não é essa a opinião dominante que encontramos na doutrina. Para alguns é possível fracionar as condutas, de modo que o "corromper" seria apenas pela prática do ato de libidinagem com a vítima, e o "facilitar" seria pelas formas de induzi-la a praticar ou a presenciar a prática de ato libidinoso. Nesse sentido, Damásio de Jesus:

"Três são as formas de corrupção previstas no art. 218, quais sejam, a

prática de ato de libidinagem com menor, o induzimento a tal conduta, para que o ato seja realizado pelo próprio menor, ou a assistência de ato libidinoso, por parte do menor. As duas últimas modalidades dizem respeito à facilitação de corrupção (corrupção acessória), enquanto a primeira se refere à corrupção propriamente dita (corrupção principal)”**[1543]**.

Com o devido respeito ao autor, a descrição típica não autoriza esse fracionamento, devendo-se entender que os meios de execução (praticar, induzir à prática ou presenciar) referem-se tanto ao corromper como ao facilitar. Assim, prescinde-se da demonstração de corrupção da vítima, pois o simples ato, em uma das três formas, no mínimo, facilita a corrupção do sujeito passivo**[1544]**.

Por outro lado, como já enfatizamos na discussão dos sujeitos do delito, em se fazendo prova de que a vítima já era corrompida, não teremos possibilidade de cometimento do delito. Nesse sentido, Rogério Greco ensina que, “se a vítima já se encontra sexualmente corrompida, o caso poderá ser analisado sob o enfoque do crime impossível”**[1545]**.

A pena de reclusão de um a três anos (pena mínima obtida em função do art. 58 do CPM) será majorada de um quinto a um terço (*quantum* obtido por aplicação do art. 78 do CPM), nos termos do art. 237 do CPM, se o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas corrompendo ou facilitando a corrupção da vítima, bem como quando for praticado por oficial ou por militar em serviço. Obviamente, a incidência dessa causa especial de aumento de pena afastará a circunstância agravante idêntica (art. 70, II, l, CPM).

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de corromper ou facilitar a corrupção do menor de 18 e maior de 14 anos de idade.

• **Consumação:** o delito se consuma com a presença, participação (ativa ou passiva) ou indução da vítima do ato libidinoso, o que corromperá ou facilitará a sua corrupção.

Como já dissemos, embora não seja a visão dominante, a prática dos três meios de execução corrompe ou facilita a corrupção da vítima maior de 14 e menor de 18 anos de idade, de sorte que o crime não carece da demonstração

de que a vítima efetivamente foi corrompida (crime formal).

Nesse sentido, o Recurso Extraordinário n. 98.767/PR, decidido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 27 de maio de 1983, sob relatoria do Ministro Oscar Corrêa:

"Corrupção de menores. Código Penal, artigo 218. Tratando-se de delito formal, prescinde-se, para sua configuração, da prova da efetiva corrupção. A conjunção carnal incluindo-se entre os atos de libidinagem compreendidos no alcance da norma; no caso, como um 'plus' na corrupção. Precedentes do STF. Recurso Extraordinário conhecido e provido".

• **Tentativa:** entendemos, como César Dario Mariano[1546], possível a tentativa quando o sujeito ativo não pratica a conduta nuclear por ter sido impedido por motivos alheios à sua vontade, já que, apesar de crime formal, em qualquer das modalidades há possibilidade de fracionamento do processo executivo.

Para os que entendem tratar-se de crime de dano, em que a corrupção deve ser demonstrada, mais evidente ainda a possibilidade de tentativa, podendo, por exemplo, haver a prática de ato libidinoso sem que se verifique a ulterior depravação da vítima.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto havia idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7.4. Pederastia ou outro ato de libidinagem

• **Tipo legal**

Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar:

Pena – detenção, de seis meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** tutelam-se a regularidade do funcionamento da Instituição Militar, a disciplina militar e a própria Administração Militar, turbados com a prática de ato sexual no interior da caserna.

Em verdade, esse crime deveria estar capitulado como crime contra a disciplina ou contra a administração militar, e não como um delito contra a liberdade sexual da pessoa, pois aqui não há turbação dessa liberdade, já que os intervenientes anuem no ato sexual. Por questão didática, foi capitulado como crime sexual em vista do assunto, mas se tornou contraditório, pois o capítulo tutela a liberdade sexual da pessoa, e o delito em estudo busca evitar o ato libidinoso consensual na caserna.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar (da ativa, por força do art. 22 do CPM), federal ou dos Estados, podendo, na esfera federal, ser também o civil (no âmbito da Justiça Militar da União) ou o militar inativo com quem o militar da ativa pratica o ato libidinoso. Em outras palavras, para que o crime ocorra, há necessidade sempre de existirem duas pessoas na prática do ato, e ao menos uma delas deverá ser militar da ativa. Frise-se que o civil consorte na conduta, no âmbito das Justiças Militares Estaduais, não poderá responder pelo delito, devendo seu comportamento ser verificado à luz da legislação penal comum, configurando, por exemplo, ato obsceno (art. 233 do CP), se em público, ou mesmo conduta atípica.

Também poderá figurar no polo ativo o militar inativo equiparado a militar da ativa, nos termos do art. 12 do Código Penal Militar.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a Instituição Militar, apesar de o crime estar capitulado entre os crimes contra a pessoa.

Frise-se que se o ato for cometido por um militar com pessoa menor

de 14 anos, ainda que em local sujeito à Administração Militar, ocorrerá o delito de atentado violento ao pudor ou de estupro, conforme o caso, pela presunção de violência trazida pelo **art. 236 do CPM**, e nesse caso o menor será sujeito passivo. Caso seja com menor de 18 e maior de 14 anos, ainda que em local sujeito à Administração Militar, parece-nos mais específico o delito de corrupção de menores do art. 234 do CPM, também figurando o menor como sujeito passivo.

• **Elementos objetivos:** sem par na legislação penal comum, o crime de pederastia ou outro ato de libidinagem sofre vários ataques, porquanto alguns entendem que o tipo penal contém um ranço preconceituoso, que visa criminalizar o homossexualismo nas Instituições Militares. Muito embora, possa ter sido essa a visão do legislador no n. 17 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar**[1547]**, conforme leciona Jorge César de Assis**[1548]**, o fato é que a descrição típica leva ao entendimento de que o que se criminaliza é o ato sexual dentro dos quartéis, seja ele homossexual (feminino ou masculino), seja heterossexual, buscando-se a tutela da própria Administração Militar, e não da liberdade sexual da pessoa.

O núcleo da conduta é "praticar" ou "permitir que com ele se pratique" ato libidinoso, ambas tendo por foco da descrição o militar (da ativa, conforme disposto no art. 22 do CPM). *Praticar*, impõe conduta ativa do militar, ou seja, há uma ação sobre outra pessoa, podendo esta ser outro militar, militar inativo ou civil, que serão consortes no delito, à exceção do civil no âmbito das Justiças Militares Estaduais. *Permitir o militar que com ele se pratique*, por outro enfoque, significa conduta passiva, quando o militar da ativa (ou equiparado) permite que alguém – que também responderá pelo delito – pratique em seu corpo o ato libidinoso.

Ato libidinoso, como já expusemos, "é o que visa ao prazer sexual. É todo aquele que serve de desafogo à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual. (...) Objetivamente considerado, o ato libidinoso deve ser ofensivo ao pudor coletivo, contrastando com o sentimento de moral médio, sob o ponto de vista sexual. Além disso, subjetivamente, deve ter por finalidade a satisfação de um impulso de luxúria, de lascívia"**[1549]**.

Entendemos que o beijo, salvo em zonas eróticas (órgãos sexuais, seios etc.), não configura ato libidinoso, contudo, há entendimentos em sentido oposto, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal, *vide* o Recurso em *Habeas Corpus* n. 85.303/PE, julgado em 5 de abril de 2005, sob relatoria do Ministro Carlos Britto:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ATO DE LIBIDINAGEM (CPM, ART. 235). ATIPICIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPROCEDÊNCIA. Militar que, na condição de dentista, *levanta a roupa da paciente e aplica-lhe um beijo forçado*. Pretensão de trancamento da ação penal, por ausência de justa causa, sob a alegação de ser o fato atípico. Improcedência, porquanto a conduta do paciente ajusta-se, em tese, ao tipo descrito no artigo 235 do Código Penal Militar. Recurso ordinário em *habeas corpus* ao qual se nega provimento". (g. n.)

O crime na descrição típica ainda possui um elemento espacial, porquanto deve ser praticado em *lugar sujeito à Administração Militar* –, não carecendo ser em público, como no caso do art. 238 do CPM, mas apenas que seja no interior de lugar sob a Administração Militar –, que, em nossa compreensão e na ausência de norma legal definidora, deve compreender três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança. Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 da Parte Especial.

A pena será majorada entre um quinto e um terço (*quantum* obtido por aplicação do art. 78 do CPM), nos termos **do art. 237 do CPM**, se o crime for praticado por oficial ou por militar em serviço. Não entendemos ser possível a incidência da majorante pela prática de duas ou mais pessoas, porquanto a descrição típica já exige a participação de duas pessoas.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de praticar ou permitir em si a prática de ato libidinoso no interior de local sujeito à Administração Militar, que também deve estar compreendido pelo dolo.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática do ato, seja o militar agente, seja paciente da conduta libidinosa.

• **Tentativa:** há entendimento de que não é possível, visto que se trata de delito unissubsistente ("praticar") ou omissivo ("permitir a prática").

Discutível essa visão, porquanto, na primeira conduta, parece-nos ser possível fracionar o *iter criminis*, por exemplo, o militar da ativa que entra em ajuste com uma civil para com ela ter relação sexual no interior do banheiro de um alojamento, sendo surpreendido pelo rondante, já sem roupas, porém sem a efetiva conjunção carnal. Note-se que, como o agente buscou um lugar reservado, não caberia o delito de ato obsceno (art. 238 do CPM), nem o delito de estupro (art. 233 do CPM), pela ausência de violência ou grave ameaça, já que houve o assentimento da civil. Parece-nos, assim, clara a possibilidade de tentativa.

Quanto à segunda modalidade ("permitir a prática"), nem sempre a conduta será puramente omissiva; é possível haver comportamento positivo do militar, por exemplo, tomar a posição para o coito anal.

No sentido de cabimento da tentativa neste delito, parece entender o Superior Tribunal Militar, como se extrai da Apelação n. 2001.01.048814-6/BA, decidida em 18 de outubro de 2001, sob a relatoria do Ministro Expedito Hermes Rego Miranda:

"ATO LIBIDINOSO.

I – Preliminar de inconstitucionalidade arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar não acolhida.

II – Mérito.

a) dentro do entendimento doutrinário, tem-se, na espécie, a perpetração de obscenidade, traduzida pelo ato libidinoso praticado pelo Apelante; e

b) quanto à tentativa da prática do delito previsto no art. 235 do CPM, o *iter criminis*, percorrido pelo Agente, não atingiu o início da execução, não servindo, destarte, para configurar a tentativa, inteligência do art. 30, II, do CPM.

III – Recurso provido, parcialmente, para condenar-se o recorrente pela prática do crime ínsito no art. 235 da Lei Penal Militar, na forma

consumada.

IV – Decisão majoritária”.

Note-se que no julgado transcrito a inocorrência de tentativa não foi por sua impossibilidade de configuração, e sim pela conclusão de que a execução ainda não havia iniciado.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado por militar da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação no Código Penal comum.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

8. DO ULTRAJE PÚBLICO AO PUDOR

8.1. Ato obsceno

• **Tipo legal**

Art. 238. Praticar ato obsceno em lugar sujeito à administração militar:

Pena – detenção de três meses a um ano.

Parágrafo único. A pena é agravada, se o fato é praticado por militar em serviço ou por oficial.

O art. 238 do Código Penal Militar inaugura o oitavo capítulo do Título IV do Livro I da Parte Especial (“Do ultraje público ao pudor”), tratando-se, ainda, dos crimes contra a pessoa.

• **Objetividade jurídica:** o dispositivo em foco tutela o pudor público, a moral pública, que será violada se ocorrer a prática de ato obsceno.

Curioso notar que, diversamente do que dispõe o art. 233 do Código Penal comum, o art. 238 do Código Penal Militar não contém na descrição típica o local público, mas o local sujeito à administração militar.

Essa realidade pode conduzir a equívocos, por exemplo, a conclusão de que qualquer ato obsceno praticado em um quartel, ainda que reservadamente, seria conduta subsumida por este tipo penal. Essa compreensão deve ser afastada em função da capitulação do delito entre os crimes constantes do capítulo que trata do "ultraje público ao pudor". Assim, não basta que o ato seja praticado no interior de local sob a Administração Militar, mas é ainda necessário que seja praticado em público, sob pena de não haver lesão ao bem jurídico tutelado (*nullum crimen sine injuria*). Desse modo, o militar que praticar a automasturbação, e. g., na quadra de esportes do quartel, terá sua conduta subsumida pelo tipo em estudo; não a terá, por outro lado, o militar que pratica a automasturbação no interior do box que contém o vaso sanitário, em um banheiro localizado no quartel.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1550].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, a sociedade, representada pela(s) pessoa(s) que assistiu(ram) ao ato obsceno no interior de local sujeito à Administração Militar.

• **Elementos objetivos:** com descrição típica próxima àquela do art. 233 do Código Penal comum, o tipo penal militar em estudo tem por conduta nuclear "praticar", ou seja, executar, realizar o ato obsceno.

Ato obsceno, nos dizeres de Mirabete, é o ato "impudico, que tenha característica sexual no sentido amplo, lesando o sentimento médio de pudor. Até o ato natural, como a micção, configura o ato obsceno quando praticado nas circunstâncias elementares previstas no art. 233. São também atos obscenos a

bolinação, o apalpar de nádegas ou seios, exibir órgãos genitais, andar ou correr desnudo, andar nu ou seminu ou com roupas íntimas, o beijo, quando lascivo etc.”**[1551]**.

Como se percebe, o ato obsceno pode tanto ser praticado para satisfazer a luxúria do agente (denominado real), como em tom de gracejo, desrespeito ao senso comum (denominado simulado).

O local dos fatos tem de estar sujeito à Administração Militar, sob pena de o delito passar a ser comum.

Lugar sujeito à administração militar, a nosso ver e na ausência de norma legal definidora, deve compreender três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Em resumo *fixação* refere-se a um “lugar” fixo, e não a um objeto. A amplitude também está relacionada a lugar, embora não fixo. Assim, um quartel é um ambiente que pode ser enquadrado no conceito de lugar, bem como um navio ou uma aeronave de grande porte. Não podem ser enquadrados nesse conceito, contudo, uma motocicleta da Polícia Militar ou um bote inflável da Polícia Militar Ambiental.

Apenas para que se tenha um parâmetro, embora discordemos da conformação, viatura do tipo ônibus já foi considerada local sob a Administração Militar, conforme se verifica no Recurso em Sentido Estrito n. 974/05 (Feito n. 40.092/04, 3ª Auditoria), decidido em 20-10-2005, pela Segunda Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, relatoria do Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior.

Nesse caso, que apreciou exatamente a prática, em tese, de ato obsceno, o Juiz de Direito da 3ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, em nossa opinião acertadamente, “rejeitou a denúncia oferecida (fls. 83/88), nos termos do artigo 77 letra ‘c’ do Código de Processo Penal Militar (‘A denúncia conterá:... c) o tempo e o lugar do crime’), alegando que a conduta do acusado não está adequada ao artigo 238 do Código Penal Militar, já que a viatura (ônibus) da Polícia Militar não é lugar (que se entende como bens imóveis, terrenos e prédios da corporação) sujeito à Administração Militar, mas

sim um bem móvel da referida Corporação, e, assim sendo, devem os autos ser encaminhados à Justiça Comum, competente para julgar o ocorrido". Em face do recurso do Ministério Público, a Colenda Segunda Câmara rechaçou essa compreensão, decidindo:

"Para o estabelecimento da competência do foro militar, deve ser entendido 'lugar da infração' como aquele militarmente ocupado e administrado. A viatura (ônibus) policial *é considerada como local sujeito à administração militar*, vez que pertencente ao patrimônio da polícia militar e utilizada por militares estaduais no desempenho de suas diversas missões".

Quanto à disponibilidade, significa que não podem ser enquadrados como locais sujeitos à Administração Militar aqueles dos quais a Administração apenas zela, sem exercer uma real administração, a exemplo do que ocorre com as áreas de segurança militar criadas por resolução.

Finalmente, o lugar sujeito à administração militar também deve ser guarnecido com efetivo de segurança, ou ao menos com defensas que o caracterizem como um ambiente ocupado e administrado por uma força militar.

Como dito no estudo da objetividade jurídica, mostra-se evidente, pela capitulação do delito, que o local onde o fato ocorre deve ainda ser público (acessível a qualquer um e a qualquer momento, p. ex., rua, praça, alameda no interior do quartel), aberto ao público (local delimitado, mas de acesso a qualquer um, mesmo que se exija para tanto determinadas condições, p. ex., o cassino dos sargentos ou o refeitório dos oficiais) ou exposto ao público (fechado, mas que permite visão de seu interior por quem esteja do lado de fora, que é público, p. ex., cercado por vidros, ou então o jardim de uma casa localizada em vila militar). Caso o agente busque local não enquadrado nessas características – a exemplo de um automóvel com cortinas nas janelas obstando a visão do interior, o banheiro da unidade etc. –, não ocorrerá o delito, pela ausência de lesão ao bem jurídico focado.

O parágrafo único do art. 238 do CPM traz uma causa especial de aumento de pena, segundo a qual a pena de detenção, de três meses a um ano, será agravada se o autor for oficial, pois dele deve vir o exemplo de correição e é dele o dever de ofício de fiscalizar subordinados, ou, se praticado por militar

em serviço, já que é ele um mantenedor da ordem e pelo fato de seu envolvimento perturbar e prejudicar o serviço para o qual estava escalado. Como o dispositivo não possui o *quantum* de agravação, deve-se lançar mão do art. 73 do CPM, majorando-se a pena de um quinto a um terço.

• **Elemento subjetivo:** o crime em estudo somente é punível a título de dolo, não se exigindo, contudo, que o agente queira ofender o pudor público, mas simplesmente queira praticar o ato considerado obsceno.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática do ato obsceno, não havendo necessidade de que alguém o presencie; basta essa possibilidade (crime de perigo abstrato).

Nesse sentido, *vide* julgado do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Criminal n. 5.279/03 (Feito n. 33.577/02, 4ª Auditoria), relator o Juiz Paulo Prazak, julgado em 24 de fevereiro de 2005.

"*A ausência de testemunhas na cena dos fatos é circunstância absolutamente compreensível*, tendo em vista a própria natureza da infração. Relatos uniformes e coerentes apresentados pelas vítimas, similares quanto ao 'modus operandi' adotado pelo policial militar, bem como às situações em que este agia".

• **Tentativa:** apesar de alguns doutrinadores defenderem a possibilidade da tentativa**[1552]**, entendemos, como Damásio de Jesus, que "é inadmissível: ou o sujeito pratica um ato que seja obsceno, e o crime estará consumado, ou não o pratica, e, nesta hipótese, não existirá início de execução passível de interrupção"**[1553]**.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto *não* há tipificação substancialmente idêntica nos dois diplomas penais (comum e militar) em função da previsão do elemento espacial "em lugar sujeito à administração militar". Caso o autor seja militar da reserva

remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

8.2. Escrito ou objeto obsceno

• **Tipo legal**

Art. 239. Produzir, distribuir, vender, expor à venda, exibir, adquirir ou ter em depósito para o fim de venda, distribuição ou exibição, livros, jornais, revistas, escritos, pinturas, gravuras, estampas, imagens, desenhos ou qualquer outro objeto de caráter obsceno, em lugar sujeito à administração militar, ou durante o período de exercício ou manobras:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem distribui, vende, oferece à venda ou exibe a militares em serviço objeto de caráter obsceno.

• **Objetividade jurídica:** o artigo em foco, a exemplo do anterior, tutela o pudor público, a moral pública, que será violada se ocorrer a produção, distribuição, venda etc. de escrito ou objeto obsceno.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1554]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, a sociedade, representada pela(s) pessoa(s) que assistiu(ram) ao ato obsceno no interior de local sujeito à administração militar.

• **Elementos objetivos:** com tipicidade aproximada àquela prevista no art. 234 do CP, o crime militar de escrito ou objeto obsceno é o que se denomina

tipo misto alternativo, por conter em seu núcleo várias condutas incriminadas, de sorte que se o agente praticar mais de uma delas, responderá por apenas um delito.

As condutas nucleares são “produzir” (fabricar, manufaturar, a exemplo de tirar fotos obscenas no quartel), “distribuir” (entregar a alguém de forma definitiva), “vender” (entregar a alguém mediante retribuição, em regra, financeira, podendo haver lucro), “expor” à venda (exibir com o intuito de vender), “exibir” (apenas expor, sem a intenção de venda), “adquirir” (comprar ou receber gratuitamente) ou “ter” em depósito para o fim de venda, distribuição ou exibição (ter à disposição, sob custódia) o objeto ou escrito obsceno. De notar que no Código Penal Militar são atípicas as condutas de importar ou exportar, não podendo, portanto, configurar o crime militar.

Obsceno é o objeto (ou escrito) que ofende a moralidade pública sexual**[1555]**, ou seja, aquilo que, no senso médio avilta a moral sob o enfoque sexual, configurando-se, portanto, em elemento de difícil apreensão. Os objetos aqui referidos podem ser livros, jornais, revistas, escritos, pinturas, gravuras, estampas, imagens, desenhos ou qualquer outro objeto de caráter obsceno.

Pela descrição do *caput*, a conduta deve ser perpetrada em *local sujeito à administração militar* ou em qualquer lugar, desde que se esteja em período de exercícios ou manobra.

Lugar sujeito à administração militar, a nosso ver e na ausência de norma legal definidora, deve compreender três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 da Parte Especial.

Por “manobra” deve-se compreender “qualquer movimentação da unidade militar, destinada ao treinamento, a ocupar posições em estado de sítio, de defesa, perturbação da ordem pública etc. “Exercício” é atividade destinada ao preparo físico do militar, ao treinamento militar, ao treinamento militar da tropa, incluindo a utilização de aparelhamento bélico etc.”**[1556]**. Nesse caso, a configuração do delito prescinde do elemento espacial, ou seja, não é necessário

que o fato se dê em lugar sujeito à Administração Militar, bastando que haja o fato em período em que o efetivo esteja em exercício ou manobra, configurando-se o delito militar *ratione temporis*.

O parágrafo único do art. 239 traz uma forma assimilada, impondo a mesma pena de detenção, de seis meses a dois anos, a quem distribui, vende, oferece à venda ou exibe o objeto obsceno a militares em serviço. Aqui também a configuração do delito prescinde do elemento espacial, não sendo necessário que o fato se dê em lugar sujeito à Administração Militar.

Com o advento da informática, deve-se questionar se o delito em foco pode ser perpetrado por meio eletrônico, em especial pela distribuição por *fax* ou por *e-mail*.

Em nossa compreensão, a distribuição de imagens obscenas por *e-mail* ou por *fax*, por exemplo, pode configurar o delito em comento. Bem verdade, que devem ser encontrados outros elementos típicos, mas, em tese, há sim a configuração do delito, quando, por exemplo, uma pessoa envia o *e-mail* para o correio eletrônico funcional de um militar que se encontra em serviço, configurando-se a figura do parágrafo único do art. 239 do CPM. A distribuição no interior do quartel, por *e-mail* de um militar para o outro, também configura o delito na figura típica do *caput*, já que a distribuição se operou em lugar sujeito à Administração Militar. Nesse sentido, *vide* a Apelação Criminal n. 5629/06 (Feito n. 40.589/05, 3ª Auditoria), julgada pela Primeira Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, em 7-8-2007, sob relatoria do Juiz Paulo Prazak:

"Policial Militar utiliza computador instalado em local sujeito à Administração Militar para o envio de mensagens eletrônicas de cunho inteiramente pornográfico, imagens essas que restaram estampadas na caixa de entrada do 'e-mail' disponibilizado para uso interno da Companhia. Materialidade do delito e autoria incontroversas. Consumado o delito tipificado no artigo 239 'caput' do CPM".

Por outro enfoque, se um militar enviar as mesmas imagens para outro militar, estando ambos em local não sujeito à Administração Militar e de folga,

ainda que com a utilização do endereço eletrônico corporativo, que em algumas situações pode ser acessado de computadores pessoais, em casa, por exemplo.

Outro ponto de relevante discussão está na ocorrência ou não do delito em estudo quando o militar, em seu armário no interior do alojamento, tem em depósito objetos de cunho obsceno, a exemplo de revistas com fotos pornográficas, de nu artístico etc. Entendemos que o delito, nesse caso, somente estará configurado se demonstrado o dolo de distribuir, vender ou exibir às pessoas tais objetos, já que é exigência típica essa intenção. De outro lado, quando o militar possui os objetos em depósito apenas para seu deleite ou por ser colecionador, o crime não ocorrerá. Por óbvio, mesmo o colecionador se exibir, vender etc. poderá praticar o delito, mas não simplesmente por ter em depósito no interior do quartel.

• **Elemento subjetivo:** o elemento subjetivo deste crime é apenas o dolo, a vontade livre e consciente de praticar qualquer das condutas enumeradas pelo tipo, não se exigindo, em regra, nenhuma finalidade específica (dolo genérico, como se denominava).

Nesse sentido, a Apelação Criminal n. 5330/04 (Feito n. 36.732/03, 4ª Auditoria), julgada pela Segunda Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, em 7 de agosto de 2007, sob relatoria do Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior, em que foi alegada pela defesa, no caso em que um militar produziu fotos obscenas no interior do quartel, a ausência de dolo do réu em arquivar ou divulgar as fotos, elemento irrelevante na modalidade de "produzir" o objeto obsceno, decidindo-se estar "consumado o delito no momento em que o policial militar produz fotos de caráter obsceno, em local sujeito à administração militar".

Por outro lado, na conduta "ter em depósito", como vimos, exige-se um elemento especial do injusto (antigo dolo específico), devendo o agente ter a guarda dos objetos para o fim de venda, distribuição ou exibição.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de qualquer das condutas descritas pelo tipo, bastando a potencialidade da ofensa ao pudor público, uma vez que se trata de crime de perigo abstrato.

Em outros termos, não é preciso que haja efetivamente a turbação do pudor público nem que alguém tome conhecimento do objeto produzido, exposto à venda etc., bastando a mera potencialidade de que isso ocorra.

• **Tentativa:** entende-se possível a forma tentada, por exemplo, o caso em que o militar prepara toda a estrutura para a produção do objeto obsceno, iniciando a produção, porém não a concretizando por motivos alheios à sua vontade (ex.: problemas com a máquina fotográfica).

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto *não* há tipificação substancialmente idêntica nos dois diplomas penais (comum e militar) em função da previsão do elemento espacial "em lugar sujeito à Administração Militar". Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

9. *SURSIS*, LIVRAMENTO CONDICIONAL E LIBERDADE PROVISÓRIA

Dos delitos previstos neste capítulo, apenas o do art. 235 do CPM é insuscetível de suspensão condicional da pena, conforme expõe o art. 88, II, *b*, do mesmo diploma. O livramento condicional é cabível, desde que observadas as regras do art. 89 do Código Penal Castrense.

A liberdade provisória também não poderá ser concedida no delito capitulado no art. 235 do CPM, cabendo nos demais, desde que observadas as

condições do art. 270 do CPPM.

CRIMES MILITARES EM TEMPO DE PAZ: DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

1. DO FURTO

O crime de furto no Código Penal Militar inaugura o Título V do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar, que trata dos crimes contra o patrimônio, constituindo um capítulo em si mesmo, ou seja, o primeiro capítulo do Título V trata do delito de furto.

1.1. Furto simples

• **Tipo legal**

Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – reclusão, até seis anos.

Furto atenuado

§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.

§ 2º A atenuação do parágrafo anterior é igualmente aplicável no caso em que o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano

causado, antes de instaurada a ação penal.

Energia de valor econômico

§ 3º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º Se o furto é praticado durante a noite:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

§ 5º Se a coisa furtada pertence à Fazenda Nacional:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

§ 6º Se o furto é praticado:

I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II – com abuso de confiança ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III – com emprego de chave falsa;

IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas:

Pena – reclusão, de três a dez anos.

§ 7º Aos casos previstos nos §§ 4º e 5º são aplicáveis as atenuações a que se referem os §§ 1º e 2º. Aos previstos no § 6º é aplicável a atenuação referida no § 2º.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal em comento tutela o patrimônio, podendo este pertencer a uma pessoa natural ou jurídica, neste caso, com as restrições que mencionaremos abaixo ao tratar da sujeição passiva.

Patrimônio, como se sabe, traduz-se pelo "complexo de direitos e obrigações de uma pessoa, suscetíveis de avaliação econômica. Integra a esfera patrimonial das pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, excluindo-se a esfera meramente pessoal ou moral"[1557].

Embora haja discussão, entendemos que esse patrimônio está atrelado à legítima propriedade de um bem móvel, não se referindo à mera detenção ou à posse, o que nos parece evidente em função da característica de "alheia" que a coisa deve possuir e, principalmente, porque o Código Penal Militar possui tipo específico para tutelar a posse e a detenção, a saber, o furto de uso do art. 241. Nessa linha está Nélson Hungria, para quem a "posse, como mero fato, só por si, não corresponde ao direito de propriedade, embora protegida pelo direito civil, não entra na configuração do furto"**[1558]**.

Apenas como esclarecimento que se prestará também aos demais crimes patrimoniais, como muito bem sedimenta César Fiuza, propriedade é entendida como a "situação jurídica consistente em uma relação dinâmica e complexa entre uma pessoa, o dono, e a coletividade, em virtude da qual são assegurados àqueles os direitos exclusivos de usar, fruir, dispor e reivindicar um bem, respeitados os direitos da coletividade"**[1559]**.

Não se confunde a popriedade com a posse ou a detenção. A posse, assim se sustenta, no nosso Código Civil, art. 1.196 tomou por base a teoria objetivista de Rudolf von Jehring**[1560]**. Nesse aspecto pode-se afirmar que o autor austríaco conceituava posse com base em dois elementos: o *corpus*, que não se limitava à detenção, mas "à atitude externa do possuidor em relação à coisa, agindo ele como dono, exercendo sobre ela os direitos inerentes ao domínio (usar, fruir, dispor e reivindicar). Daí se falar que posse é a exteriorização da propriedade, que vem a ser a situação normal da coisa, sob a qual ela cumpre seu destino econômico de servir aos homens"**[1561]**; o *animus*, elemento subjetivo, que se contenta com a "vontade de ter a coisa. Não é preciso que se tenha a vontade de se assenhorar dela. Suficiente será o desejo de proceder como procede o dono, ainda que sem pretender sê-lo"**[1562]**.

Exemplo esclarecedor nos traz César Fiuza:

"(...) Um policial vê um indivíduo andando na rua com uma pasta. Em seguida, vê outro indivíduo se aproximar e arrebatar a pasta do primeiro, para correr logo depois. Que fará este policial? A resposta é óbvia. Perseguirá o segundo. Tomando-lhe a pasta, para entregá-la ao primeiro. Por que agirá dessa forma? Por estar convicto de que o primeiro indivíduo é o dono da pasta. Mas de

onde tirou essa convicção? Do fato de estar ele carregando a pasta; usando-a. Como o dono usa, aquela pessoa deve ser a dona. Ocorre que o policial agiu pelas aparências. Na realidade, só de ver alguém carregando uma pasta, ele não poderia afirmar ser aquele indivíduo o dono. O máximo que poderia dizer é que aquela pessoa parecia dona, por estar usando. E foi com base nessa aparência que o policial agiu de pronto. Mas poderia ter-se equivocado. O segundo poderia bem ser o dono da pasta, recuperando-a de um ladrão. Acontece que o policial, a julgar pelas aparências, não poderia adivinhar.

Pelo que se vem a expor, fica fácil ver por que Jehring disse que a posse é a aparência do domínio. Tem a posse quem parece ser dono, por estar exercendo um ou alguns atributos da propriedade, isto é, o uso, a fruição, a disposição ou a reivindicação"**[1563]**.

No caso da mera detenção, para Iehring, sempre que houver disposição legal, ela se manifestará, ou seja, quando houver prova da existência do *corpus* haverá a posse, exceto quando disposição legal dispuser de forma diversa, podendo-se sedimentar que em uma ou outra – posse ou detenção – há o *corpus* e o *animus*, apenas não se configurando a posse em função do que dispõe a norma de direito, resumindo-se a distinção apenas no direito positivo. No Código Civil, por exemplo, haverá caso de mera detenção o disposto no art. 1.198, que considera detentor "aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas"**[1564]**.

Em resumo, portanto, e voltando à discussão do objeto de tutela no delito de furto, entendemos ser conveniente postular que a tutela recaia sobre a propriedade, diretamente vinculada à integridade do patrimônio, e não à posse ou à mera detenção. Todavia, é preciso consignar com a lhana intenção de aguçar o debate, que a doutrina majoritária entende ser tutelada no crime de furto, além da propriedade, a posse. Nesse sentido, por todos, Rogério Greco:

"Somos partidários da corrente que compreende a posse como um dos bens juridicamente protegidos pelo tipo penal do art. 155. Existe perda tanto para o possuidor quanto para o proprietário da coisa. No entanto, não conseguimos visualizar a perda que sofre o mero detentor para que se possa incluir a *detenção*

da coisa como bem juridicamente protegido pelo tipo penal em estudo”**[1565]**.

Há ainda quem defenda ser possível haver lesão ao patrimônio quando se tratar de turbação da mera detenção. Partilhando desse raciocínio está Bitencourt:

“*Bens jurídicos* protegidos diretamente são a posse e a propriedade da coisa móvel, como regra geral, e admitimos também a própria detenção como objeto da tutela penal, na medida em que usá-lo, portá-lo ou simplesmente retê-lo já representa um bem para o possuidor ou detentor da coisa”**[1566]**.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este último restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1567]**. Regra geral, o proprietário não poderá responder pelo furto da coisa que lhe pertence, devendo sua conduta ser enquadrada no delito comum de exercício arbitrário das próprias razões (art. 346 do CP), inexistente no Código Penal Militar. À exceção, no entanto, admite-se o furto pelo proprietário de coisa comum, subsumindo-se sua conduta no art. 156 do CP, visto também não haver figura típica similar no Código Penal Castrense.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa (natural ou jurídica) atingida pela conduta, que na nossa compreensão estaria restrito ao proprietário da *res*. Contudo, de acordo com a concepção que se tenha do bem jurídico, também poderão figurar no polo passivo o possuidor e o detentor.

Acerca da pessoa jurídica figurando no polo passivo do crime de furto, assim como nos demais crimes contra o patrimônio, deve-se ter o cuidado de lembrar que, embora uma pessoa jurídica de direito privado possa possuir um patrimônio passível de lesão, portanto possível o delito de furto, deve-se observar que esse fato passará ao largo de um crime militar de furto, porquanto as alíneas *a* a *d* do inciso II do art. 9º do CPM, onde este delito encontra tipicidade indireta, apenas preveem no polo passivo a pessoa natural, enquanto a alínea *e* do mesmo inciso, embora possa subsumir um crime de furto contra pessoa jurídica, somente o admite quando essa pessoa jurídica for representada pela

Administração Militar ("contra o patrimônio sob Administração Militar"), excluindo-se do universo do crime militar as demais hipóteses. Assim, em resumo, é possível um crime de furto praticado contra a pessoa jurídica, mas desde que o patrimônio lesado esteja sob Administração Militar, por exemplo, no caso de uma subtração, por militar do Estado da ativa, mas sem se valer da função, de uma arma pertencente ao patrimônio da Polícia Militar do Estado de São Paulo, lesando, atingindo, portanto, a pessoa jurídica de direito público interno "Estado de São Paulo".

Importante observação nos traz Guilherme Nucci acerca do furto de coisa em posse de alguém que a furtou ou a roubou anteriormente:

"(...) Lembremos que *ladrão que rouba ladrão não tem cem anos de perdão*. Se tal situação ocorrer, o sujeito passivo é o proprietário da coisa e não o ladrão que teve o bem subtraído por ação de outro (...)"**[1568]**.

• **Elementos objetivos:** com descrição típica semelhante à do art. 155 do Código Penal comum, o tipo penal do crime militar de furto tem por conduta nuclear "subtrair", ou seja, tirar, tomar, sacar sem o conhecimento e consentimento da vítima, invertendo-se a posse da coisa.

Essa subtração deve ter o propósito de permanecer com a coisa, ainda que temporariamente, ou entregá-la a outrem – obviamente não sendo a própria pessoa vítima da subtração. Não configura o delito de furto, nessa linha, a subtração momentânea com o ânimo de devolução imediata, denominado *furto de uso*, fato atípico no Direito Penal comum e crime autônomo no Código Penal Militar, que veremos em seguida.

O objeto material do delito é *coisa alheia móvel*. Coisa móvel, no sentido que lhe emprega o Direito Penal, segue um conceito natural, diverso do Direito Civil, consistindo "em tudo aquilo passível de remoção, ou seja, tudo o que puder ser removido, retirado, mobilizado"**[1569]**, a exemplo de dinheiro, automóvel, joias, animais – quando poderia configurar-se a figura do *abigeato*, se animais do campo – etc. Cadáveres à disposição da família não podem ser objeto do furto, mas se à disposição de um hospital, para pesquisas, haverá a possibilidade de furto. Também não pode ser objeto de furto o ser humano vivo,

cujo arrebatamento poderá significar outro delito, como o sequestro (art. 225 do CPM).

Frise-se que há uma autonomia conceitual do Direito Penal Militar – aliás, como ocorre em vários outros institutos, a exemplo do conceito de agregado, como visto, que se divorcia da conceituação que lhe emprega o Direito Administrativo paulista, da concepção de comerciante, que para a jurisprudência penal militar tem conhecido conformação diversa daquela que lhe dá o Direito Empresarial, como vimos no estudo do art. 204 do CPM –, de sorte que coisa móvel não está atrelada de forma idêntica ao conceito de bem móvel empregado pelo Código Civil. Exemplificativamente, verifica-se no art. 81 do Código Civil alguns bens que em sua essência seriam móveis mas que, por expressa previsão legal, não perdem sua natureza de imóveis. É o que ocorre, e. g., com um objeto integrante de um imóvel (uma pia, um vaso sanitário etc.), retirado momentaneamente com o escopo de ser reempregado, considerado bem imóvel pelo art. 81, II, do Código Civil, mas coisa móvel para o Direito Penal Militar. Assim, caso um militar da ativa subtraia uma pia deixada no quintal de uma residência por um outro militar que reforma sua casa, haverá, em tese, subsunção da conduta no delito de furto, por tratar-se, na acepção do Direito Penal Militar, de coisa alheia móvel.

Outra qualidade exigida da coisa é a de que seja *alheia*, não pertencente ao próprio agente. Assim, a *res nullius* (coisa de ninguém), a *res derelictae* (coisa abandonada) e a *res commune omnion* (coisa de uso de todos) não podem ser objeto material do delito de furto. No que concerne à coisa perdida (*res deperdita*), não haverá a subtração da coisa, mas sim a apropriação de uma coisa achada, não se configurando o furto, e sim o delito do parágrafo único do art. 249 do CPM, que dispõe ser crime a conduta de quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor, ou de entregá-la à autoridade competente, dentro do prazo de quinze dias.

O § 1º do art. 240 prevê a figura do furto atenuado, dispondo que "se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar

a infração como disciplinar”. Em outros termos, a pena do tipo simples de reclusão de um até seis anos (pena mínima obtida em função da aplicação do art. 58 do CPM), em primeira possibilidade, poderá ser convertida para detenção, quando teríamos a possibilidade de aplicá-la de trinta dias até seis anos (pena mínima também à luz do art. 58 do CPM).

Em outra possibilidade do § 1º, o juiz poderá manter a pena na espécie detenção, porém diminuindo-a de um a dois terços, configurando-se em causa especial de diminuição de pena. Entendemos que o disposto no artigo impõe medidas alternativas, e não medidas que se possam somar, ou seja, não nos parece ser autorizado pelo texto legal que o juiz converta a pena para detenção e a diminua de um a dois terços, e sim deve escolher uma das medidas. Claro que essa visão torna a pena muito mais severa, contudo, isso se explica em razão da gravidade do delito de furto para as forças militares, seja ele praticado no interior do quartel, desestruturando o bom relacionamento da tropa, seja ele praticado em operação fora do quartel, em que, por exemplo, um policial militar responsável por evitar o furto e prender seus autores, passa à condição de autor desse delito.

Como última possibilidade do § 1º temos via ligada ao reconhecimento de não lesão ao bem jurídico, o que se tem entendido como manifestação legal do princípio da insignificância. Embora discutível – ainda mais em um delito como o furto, em que a estrutura moral é abalada – tem-se admitido a aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal Militar, e isso não só nas hipóteses legais, como aqui ocorre, mas também em hipóteses supralegais, como no caso do peculato-furto, por exemplo. Para verificar nossa visão acerca da aplicação do princípio da insignificância, remetemos o leitor aos nossos comentários da Parte Geral, quando tratamos desse princípio e do bem jurídico penal militar.

Assim como fizemos no estudo da lesão corporal, frisamos que é muito comum que se entenda a medida disposta no § 1º como desclassificação do delito de furto, o que, tecnicamente, não o é, porquanto a conduta não é remetida para a subsunção em outro tipo penal militar. O que ocorre, em verdade, é uma descriminalização da conduta por fruto da interpretação do juiz, considerando-a

tão ínfima que nem sequer chega a comprometer o bem jurídico tutelado pela norma, afastando-se, dessarte, a própria tipicidade.

Entretanto, ao reconhecer a atipicidade da conduta – ou desclassificar, como preferem alguns – o juiz (seja o singular, seja o Conselho de Justiça, conforme a inteligência do § 1º do art. 36 do CPPM) incentiva a avaliação da conduta na esfera administrativo-disciplinar.

Essa avaliação, para nós, caberá às autoridades disciplinares do outrora réu, a exemplo do Comandante de unidade, que desencadeará a apuração disciplinar do fato, se é que isso já não foi feito em homenagem à independência das esferas, podendo a apuração disciplinar e a atuação de polícia judiciária militar ocorrer em paralelo.

A decisão judicial, em qualquer fase que ocorra, embora existam relevantes posicionamentos em sentido contrário, não impõe ao Comandante a necessária aplicação de uma punição, mas fomenta a apuração disciplinar do fato, podendo inclusive haver o arquivamento, prestigiando o art. 2º da Constituição Federal, que reconhece a independência harmônica dos Poderes da República Federativa do Brasil.

Para a aplicação do § 1º, devem-se observar dois elementos importantes: a primariedade do réu e o valor da *res*, que deve ser de pequeno valor.

Para constatar a primariedade do réu, deve-se levar em conta sua não reincidência, ou seja, a compreensão se dá por raciocínio oposto ao que traz o art. 71 do CPM, que dispõe verificar-se a "reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior", não sendo considerada, pelo § 1º do art. 71 do CPM, "a condenação anterior, se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o crime posterior, decorreu período de tempo superior a cinco anos", e ainda com a exclusão dos crimes atingidos por anistia (§ 2º do art. 71 do CPM). Fora dessa situação, o réu será primário.

No que concerne à coisa de pequeno valor, o próprio § 1º do art. 240

do CPM, *in fine*, objetiva sua compreensão, dispondo que se entende como de pequeno valor a coisa "que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país". Note-se que a norma não menciona que o estabelecimento do salário mínimo deva ser fixado pela União, mas sim que se deve tomar o maior salário mínimo vigente no Brasil, ainda que estabelecido por Unidade Federativa. Em regra, claro, essa fixação está se dando pela União, com normas que condicionam todo o País**[1570]**. Entretanto, há uma tendência jurisprudencial muito forte em entender a inaplicabilidade do parâmetro de um décimo do salário mínimo em função de o inciso IV do art. 7º da Constituição Federal vedar a equiparação com o salário mínimo para qualquer fim, o que tornaria livre a avaliação do Poder Judiciário no caso concreto, verificando se houve ou não a incidência do princípio da insignificância.

É possível, nessa linha, que mesmo em valores excedentes a um décimo do salário mínimo haja a aplicação do princípio da insignificância, como muito bem aponta Jorge César de Assis ocorrer no Supremo Tribunal Federal, citando o caro autor o *Habeas Corpus* n. 89.104-MC/RS, cuja liminar foi monocraticamente deferida pelo relator, Ministro Celso de Mello, em 13 de outubro de 2006**[1571]**. Manuseando o teor da decisão, verifica-se a seguinte argumentação:

"(...) As considerações ora expostas levam-me a reconhecer, por isso mesmo, que os fundamentos em que se apoia a presente impetração parecem evidenciar, na espécie, possível ausência de justa causa, eis que as circunstâncias em torno do evento delituoso – 'res furtiva' no valor de R$ 59,00, equivalente, na época do fato, a 22,69% do salário mínimo então vigente e correspondente, hoje, a 16,85% do atual salário mínimo – autorizariam a aplicação, no caso, do princípio da insignificância, *sendo irrelevante, para esse efeito, que se cuide de delito militar*. Vale relembrar, ainda, por oportuno, além dos precedentes que venho de referir na presente decisão, também o recentíssimo julgamento que a colenda Primeira Turma desta Corte proferiu no exame do HC 87.478/PA, Rel. Min. Eros Grau (Informativo/STF n. 438/2006), no qual, por entender aplicável, aos delitos castrenses, o princípio da insignificância, deferiu ordem de 'habeas corpus' em favor de militar que havia sido denunciado pela suposta prática do crime de peculato (CPM, art. 303). Cabe ressaltar, finalmente, que essa mesma

orientação foi reafirmada quando do julgamento do RHC 89.624/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, no qual a colenda Primeira Turma desta Corte, dando provimento a recurso ordinário, concedeu ordem de 'habeas corpus' em favor de militar da Marinha que estava sendo processado pela suposta prática de crime militar (furto de uma mochila, de um par de coturnos e da quantia de R$ 154,57). Sendo assim, considerando as razões expostas, e tendo em vista que concorre, igualmente, na espécie, situação configuradora do 'periculum in mora', defiro, até final julgamento da presente ação de 'habeas corpus', o pedido de medida liminar, em ordem a suspender a tramitação do procedimento penal (Forma Ordinária n. 14/05-6), em curso perante a 2ª Auditoria da 3ª CJM ou, se for o caso, paralisar a própria eficácia da sentença penal condenatória nele eventualmente proferida (...)". (g. n.)

Essa visão também pode ser encontrada em outras cortes, vedando-se a equiparação ao salário mínimo e fomentando, no caso concreto, que se verifiquem outros elementos, como o impacto patrimonial para o sujeito passivo. Nesse sentido, embora afeta ao crime de dano, *vide* a Apelação Criminal n. 2.008, julgada pelo Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, em 17 de abril de 1997, relator o Juiz Cel. PM Paulo Duarte Pereira:

"Desvinculando-se do salário mínimo, por força constitucional, o parâmetro do conceito de pequeno valor do dano fica a critério do julgador a avaliação de sua extensão, devendo considerá-lo em relação ao prejuízo causado ao patrimônio da vítima".

Note-se que a visão em comento permite, obviamente, decisão desfavorável, quando, mesmo que o valor da coisa seja inferior a um décimo do salário mínimo, o princípio da insignificância pode não ser reconhecido, como entende o Superior Tribunal Militar, conforme verificado nos Embargos de Declaração n. 49.521/PE (2005.01.049521-4), julgado em 16 de agosto de 2005, sob relatoria do Ministro Marcus Herndl:

"PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE VINCULAÇÃO DO VALOR DA *RES* AO SALÁRIO MÍNIMO (ART. 7º, INC. IV).

Na avaliação do dano patrimonial suportado pelo ofendido, não deve ser feita qualquer referência ao salário mínimo, *até porque a irrelevância de um determinado valor para uma pessoa pode não sê-lo para outra*. Afasta-se a bagatela nos crimes patrimoniais para preservar os princípios da hierarquia e da disciplina, predominantes nas instituições militares. Ausência de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão hostilizado. Embargos rejeitados. Decisão unânime". (g. n.)

Ainda nessa Corte Castrense, mais recentemente, essa visão foi reafirmada na Apelação n. 50.514/RS (2007.01.050514-8), julgada em 2 de junho de 2009, sob relatoria do Ministro Sergio Ernesto Alves Conforto:

"FURTO. I – pequeno valor, estabelecido no § 1º, do art. 240 do CPM, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 7º, IV, veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim. II – *O princípio da insignificância não é aplicável à espécie, dado que o valor dos objetos furtados faz diferença nos vencimentos das vítimas*. III – Pretensão da defesa de desclassificar o delito para apropriação indébita, inviável de ser aceita, pois no recinto de um alojamento de militares nada se encontra acidentalmente, vez que lá tudo tem um dono, a lei fixa um prazo para a apresentação de coisa achada à autoridade competente. IV – Recurso ministerial provido para condenar-se o recorrido, declarando-se a extinção de sua punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado. V – Decisão uniforme". (g. n.)

O § 2º do art. 240 prevê outra causa especial de diminuição de pena – conhecida equivocadamente por *furto privilegiado* –, aplicando-se a atenuação de um a dois terços quando "o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal". Mais uma vez, o indiciado deverá ser primário, nos termos opostos ao que dispõe o art. 71 do CPM.

A reparação do dano ou a restituição da coisa deve ser demonstrada nos autos e deve ser feita antes da instauração da ação penal. Deve-se considerar instaurada a ação penal com o recebimento da denúncia, porquanto o art. 35 do Código de Processo Penal dispõe que o processo se inicia "com o recebimento da

denúncia pelo juiz, efetiva-se com a citação do acusado e extingue-se no momento em que a sentença definitiva se torna irrecorrível, quer resolva o mérito, quer não". Assim, se o autor repuser a coisa furtada antes do recebimento da denúncia ou repara seu valor ao sujeito passivo, incidirá esta causa especial de diminuição de pena. Por outro lado, se a reparação ou reposição ocorrer após a instauração do processo mas antes do julgamento, não haverá a incidência desta causa especial de diminuição, e sim a circunstância atenuante prevista na alínea *b* do inciso III do art. 72 do Código Penal Militar.

Há importante julgado no Supremo Tribunal Federal, que avaliou, em conjunto, os §§ 1º e 2º do art. 240. Trata-se do *Habeas Corpus* n. 99.207/SP, julgado em 24 de novembro de 2009, sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. FURTO. CÓDIGO PENAL MILITAR. BENS SUBTRAÍDOS COM VALOR SUPERIOR AO DO SALÁRIO MÍNIMO. CRIME COMETIDO DENTRO DE ESTABELECIMENTO MILITAR. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE RESTITUIÇÃO DOS BENS PARA A VÍTIMA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE FURTO PRIVILEGIADO (ART. 240, § 2º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR): IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

2. No caso dos autos, em que foi subtraída quantia superior à do salário mínimo e o delito foi praticado dentro de estabelecimento militar, não é de se desconhecer a presença da ofensividade e da reprovabilidade do comportamento do Paciente.

3. Para o reconhecimento de furto privilegiado, o Código Penal Militar exige que os bens subtraídos sejam restituídos à vítima. Na espécie vertente esse fato não ocorreu, considerando-se que os bens foram apreendidos.

4. Ordem denegada".

Dispõe o § 3º do art. 240 que se equipara "à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico". Com essa disposição, surge a possibilidade de o delito ocorrer com a subtração não só da energia elétrica, mas também da solar, térmica, nuclear, sonora, eólica, hidráulica, genética (sêmen) etc., configurando-se, diversamente do crime que tenha por objeto coisa móvel material, um delito permanente, já que a execução se protrai no tempo**[1572]**. Obviamente, para a comprovação do delito é necessário perícia indicando a subtração da energia.

No Código Penal Militar há diversas formas qualificadas para o furto.

O crime, em primeiro lugar, se qualifica quando praticado durante a noite (art. 240, § 4º, do CPM). Note-se que o Código Penal Castrense foi mais rígido que o Código Penal comum, que apenas prevê uma causa especial de aumento de pena para o furto praticado durante o *repouso noturno* (art. 155, § 1º, do CP). Como dissemos ao comentar o art. 226 do CPM (violação de domicílio), *repouso noturno* não se confunde com *noite*. Esta ocorre do pôr ao nascer do sol; aquele significa o tempo que, convencionalmente, se tem por período de descanso no turno da população, sendo aceito consuetudinariamente o período compreendido entre as 22 horas e as 6 horas. A qualificadora aqui, portanto, ocorrerá simplesmente pelo fato de o delito ter sido praticado em período compreendido entre o pôr e o nascer do sol (noite), independentemente de o sujeito passivo estar em repouso noturno. Neste caso, a pena cominada ao crime será de reclusão de dois a oito anos, podendo ser aplicadas as atenuantes dos §§ 1º e 2º do art. 240 do CPM, por força do disposto no § 7º do mesmo artigo. Frise-se, a autorização legal se dá apenas para a aplicação da causa de diminuição de pena de um a dois terços, e não para a substituição por detenção. No que concerne ao reconhecimento da insignificância, considerando o delito afastado em favor da infração disciplinar, pela literal previsão do § 7º isso não seria possível. Todavia, como o princípio da insignificância tem sido reconhecido fora das estritas previsões legais, é perfeitamente aceitável que um furto qualificado por ter sido praticado durante a noite seja afastado pela insignificância da lesão ao patrimônio, constatação essa que, como vimos, não

está mais vinculada ao salário mínimo.

Outra qualificadora está no § 5º do art. 240 do CPM, reconhecida quando o furto é cometido contra a Fazenda Nacional. De notar que o CPM preferiu restringir a qualificadora à afetação do patrimônio da Fazenda Nacional, e não da Fazenda Pública. Para iniciar a distinção, tomemos como referência a Apelação Cível n. 158.401 (97.02.45779-3), decidida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em 5 de setembro de 2001, sob relatoria do Desembargador federal Antonio Cruz Netto:

"PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1542-22/97. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS A AUTARQUIA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

I – O conceito de Fazenda Pública não se confunde com o de Fazenda Nacional, *sendo esta restrita a dívidas em favor da União, e aquela abrangendo as dívidas em favor de todas as entidades de direito público*.

II – Tendo a medida provisória 1542-22/97 determinado o arquivamento dos autos em que executados somente honorários advocatícios devidos à Fazenda Nacional, de valor igual ou inferior a cem UFIR's, não se pode estender seus efeitos aos honorários advocatícios devidos a autarquia, como no presente caso.

III – Apelação provida. Sentença anulada". (g. n.)

Embora referente a uma causa cível, o julgado acima nos serve de parâmetro para também concluir que patrimônio pertencente à Fazenda Nacional não se confunde com o pertencente à Fazenda Pública. Aquele diz respeito à universalidade de bens incorporada a qualquer pessoa jurídica de direito público da Administração Pública direta, porquanto esta representa a União Federal, não abarcando entes da Administração indireta, a exemplo das autarquias, empresas públicas etc. Nesse sentido, *vide* ainda a Apelação Cível n. 107.885 (93.03.036361-2), decidida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 21 de junho de 2007, sob relatoria do Juiz Carlos Delgado, em que se decidiu que o "INSS não está inserido no conceito de Fazenda Nacional, que é sinônimo de União Federal". Patrimônio da Fazenda Pública, por outro bordo,

deve ser entendido como a universalidade de bens públicos da Administração Pública direta ou indireta – neste caso, obviamente, quando presente patrimônio público, a exemplo das autarquias, excluindo-se, por outro lado, o capital privado das sociedades de economia mista –, seja em nível federal, seja em nível estadual ou municipal.

Nessa esteira, o reconhecimento da qualificadora deve ter compreensão restrita àqueles bens que façam parte do patrimônio da Administração Pública direta federal, a exemplo das Forças Armadas, Ministérios etc. Não haverá esta forma qualificada, por outro enfoque, se a coisa subtraída pertencer ao Estado de São Paulo, por exemplo, à Polícia Militar, visto que não devemos prestigiar como regra a interpretação extensiva dos tipos penais incriminadores.

No caso da qualificadora do § 5º do art. 240, a pena cominada ao crime será de reclusão de dois a seis anos, podendo também ser aplicadas as atenuantes dos §§ 1º e 2º do art. 240 do CPM, por força do disposto no § 7º do mesmo artigo. Frise-se, novamente, que a autorização legal se dá apenas para a aplicação da causa de diminuição de pena de um a dois terços, e não para a substituição por detenção. No que concerne ao reconhecimento da insignificância, considerando o delito afastado em favor da infração disciplinar, pela literal previsão do § 7º, isso não seria possível. Todavia, como o princípio da insignificância tem sido reconhecido fora das estritas previsões legais, é perfeitamente aceitável que um furto qualificado por ter sido praticado contra o patrimônio da Fazenda Nacional seja afastado pela insignificância da lesão ao patrimônio, constatação essa que, como vimos, não está mais vinculada ao salário mínimo.

Finalmente, o § 6º do art. 240 traz outras formas qualificadas do delito de furto.

Em primeiro lugar, o crime estará qualificado por esse dispositivo quando o furto for praticado com "destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa", seja antes da subtração, seja depois, já que não há elemento típico indicando o momento exigido para a qualificadora. *Obstáculo* deve ser entendido como tudo aquilo empregado para proteger a coisa, desde que não seja

ele inerente à própria coisa, a exemplo de cadeado, cofre etc. *Destruir* significa empregar violência física sobre a coisa, inutilizando-a total ou parcialmente (ex.: quebrar um cadeado com um martelo). *Romper* significa vencer, abrir, desmontar o obstáculo, ainda que não de forma a inutilizá-lo (ex.: conseguir abrir um cadeado sem o emprego de chave falsa, pois seria outra qualificadora).

Também será qualificado o furto praticado com "abuso de confiança ou mediante fraude, escalada ou destreza".

Em certas circunstâncias, por razões várias, o agente dispõe da confiança do sujeito passivo, tendo certa liberdade de ação por sua credibilidade. Ao romper deslealmente esse vínculo, o agente incorrerá nesta qualificadora por ter *abusado de confiança*, devendo-se demonstrar essa relação preexistente à prática do delito. Imagine-se, como exemplo, uma pessoa, não militar, autorizada a divulgar uma associação no interior do quartel do Exército que, aproveitando-se dessa autorização e querendo atingir a própria Instituição pelo sentimento de desconfiança que gerará, subtrai uma arma particular de militar da Unidade.

A *fraude* caracteriza-se pelo engodo, pelo ardil, que envolve a vítima. Por exemplo, um militar da ativa que, fazendo-se passar por um funcionário da companhia elétrica, vai a outro quartel, onde não é conhecido, a pretexto de fazer reparos e, sob esse ardil, acaba por subtrair algo de um outro militar da ativa. Não se confunda o furto qualificado pelo emprego de fraude com o estelionato. Naquele, "o comportamento ardiloso, insidioso, como regra é utilizado para que seja facilitada a subtração pelo próprio agente dos bens pertencentes à vítima. Ao contrário, no crime de estelionato, o artifício, o ardil, o engodo são utilizados pelo agente para que, induzindo ou mantendo a vítima em erro, ela própria possa entregar-lhe a vantagem ilícita"**[1573]**.

A *escalada* significa a utilização de equipamento, aparelho ou a própria agilidade para ingressar no ambiente do furto por local onde esse ingresso seja defeso. Assim, qualificada estará a conduta de furto em que o agente se utilizou de uma escada ou de uma corda para, por exemplo, ingressar em uma unidade militar.

A *destreza*, finalmente resulta da habilidade específica do agente em

perpetrar o furto com o conhecimento que não seja de domínio comum. Age com destreza, por exemplo, o agente que consegue pelo emprego de acuidade sonora abrir um cofre e ter acesso à *res*.

O *emprego de chave falsa* também qualifica o delito. *Chave falsa* é qualquer instrumento ou objeto, ainda que não se pareça com uma chave, utilizado para abrir fechadura de um recinto ou de um compartimento, a exemplo de grampos, mixa, gazua e até cartões magnéticos. Qualquer chave, ademais, desde que não seja a verdadeira, ainda que feita com base na original, será considerada chave falsa**[1574]**.

Finalmente, o furto será qualificado quando praticado mediante o concurso de duas ou mais pessoas, bastando, como vimos defendendo, que apenas um dos agentes seja imputável para que a qualificadora seja reconhecida. Nesse sentido, Rogério Greco sustenta que "para que se configure a mencionada qualificadora basta, tão somente, que um dos agentes seja imputável, não importando se os demais participantes possuam ou não esse *status*, embora haja decisão jurisprudencial em sentido contrário"**[1575]**, citando o autor o *Habeas Corpus* n. 38.097/SP, julgado pelo STJ em 4 de dezembro de 2006, sob relatoria do Ministro Nilson Naves.

Embora seja conveniente a utilização dos requisitos do concurso de pessoas – pluralidade de condutas, relevância causal dessas condutas, identidade de fato criminoso e liame subjetivo –, não é necessário que haja a coautoria, podendo haver mera participação para o reconhecimento desta qualificadora. Assim, por exemplo, entende Guilherme Nucci:

"(...): quando mais de um agente se reúne para a prática do crime de furto é natural que se torne mais acessível a concretização do delito. Por isso, configura-se a qualificadora. O apoio prestado, seja como coautor, seja como partícipe, segundo entendemos, pode servir para configurar a figura do inciso IV. O agente que furta uma casa, enquanto o comparsa, na rua, vigia o local, está praticando um furto qualificado. Inexiste na lei qualquer obrigatoriedade para que o concurso se dê exclusivamente na forma de coautoria (quem pratica o núcleo do tipo, *executando* o crime), podendo configurar-se na forma de participação (auxílio a quem pratica a ação de subtrair)"**[1576]**.

No caso das formas qualificadas do § 6º do art. 240 do CPM, a pena cominada ao crime será de reclusão de três a dez anos, podendo ser aplicada a atenuante do § 2º desse mesmo artigo, por força do disposto no § 7º também desse artigo. Aqui, por expressa previsão legal, apenas se atenua a pena quando o dano é reparado ou a coisa restituída antes do recebimento da denúncia, afastando-se o § 1º. No que concerne ao reconhecimento da insignificância, considerando o delito afastado em favor da infração disciplinar, pela literal previsão do § 7º, isso não seria possível. Todavia, como o princípio da insignificância tem sido reconhecido fora das estritas previsões legais, é perfeitamente aceitável que um furto qualificado, por ter sido praticado nas hipóteses do § 6º, seja afastado pela insignificância da lesão ao patrimônio, constatação essa que, como vimos, não está mais vinculada ao salário mínimo.

No concurso de qualificadoras deve prevalecer, obviamente, a mais grave delas. Assim, em um furto ocorrido à noite, em que seja subtraído material pertencente à Fazenda Nacional, prevalecerá a qualificadora do § 4º do art. 240 do CPM, podendo a pena-base ficar entre dois e oito anos de reclusão.

• **Elemento subjetivo:** o delito de furto no Código Penal Militar somente pode ser praticado a título de dolo, ou seja, a intenção, a vontade livre e consciente de subtrair a coisa móvel que não lhe pertence, de ter a coisa consigo, mas com um especial fim de agir (elemento subjetivo especial do injusto, ou do tipo, o antigo dolo específico), de ter a coisa para si ou para outrem (*animus furandi* ou *domini*).

• **Consumação:** a par de várias teorias para a definição da consumação do furto (teorias da *concretatio*, *illactio*, *amotio* e *ablatio*), hoje, duas posições são discutidas.

A primeira posição, que mais nos apraz, sustenta que o furto se consuma com a posse mansa e pacífica da *res furtiva,* independente do local onde ela se encontre, sendo suficiente a tranquilidade do autor na inversão da posse, mesmo que efêmera. Nessa linha, Rogério Greco, ao expor que "somente se pode concluir pela consumação quando o bem, após ser retirado da esfera de disponibilidade da vítima, vier a ingressar na posse tranquila do agente, mesmo

que por um curto espaço de tempo"[1577].

De outro lado, há os que entendem que o furto se consuma com a retirada da *res* da esfera de posse e disponibilidade da vítima, ainda que o agente não tenha a posse tranquila. Essa parece ser a visão jurisprudencial dominante.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, no *Habeas Corpus* n. 99.761/MG (j. em 18-9-2008), sob relatoria do Ministro Og Fernandes, decidiu:

"*HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. TENTATIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. POSSE TRANQUILA DA COISA SUBTRAÍDA. DESNECESSIDADE. CRIME CONSUMADO.

1. De acordo com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, considera-se consumado o crime de roubo, assim como o de furto, *no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que não obtenha a posse tranquila*, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima para a caracterização do ilícito.

2. No caso, mostra-se desnecessário o aprofundado exame de provas para se constatar a consumação do furto, haja vista que, pela simples leitura dos autos, observa-se que o paciente foi surpreendido por populares quando saía da residência da vítima, cerca de 10 metros do local do fato, evadindo-se após deixar os bens caírem no chão, sendo preso, logo em seguida, pela polícia militar, que certificou a ocorrência do arrombamento.

3. *Habeas corpus* denegado". (g. n.)

De forma ainda mais sutil, também reina no Superior Tribunal de Justiça a visão de que a impossibilidade de posse tranquila, por exemplo, pelo monitoramento constante do agente, não configura crime impossível. Assim decidiu a Quinta Turma do STJ, no Recurso Especial n. 554.233/RS (j. em 23-8-2005), sob relatoria da Ministra Laurita Vaz:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. SUPERMERCADO. SEGURANÇA POR MEIO DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA. CRIME

IMPOSSÍVEL. ABSOLUTA INEFICÁCIA DO MEIO EMPREGADO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. A presença de sistema eletrônico de vigilância no estabelecimento comercial *não torna o agente completamente incapaz de consumar o furto*, logo, não há que se afastar a punição, a ponto de reconhecer configurado o crime impossível, pela absoluta ineficácia dos meios empregados. Precedentes.

2. Recurso provido". (g. n.)

• **Tentativa:** como crime material e plurissubsistente, a tentativa é perfeitamente possível quando, por exemplo, o agente subtrai a coisa móvel mas não chega, por motivos alheios à sua vontade, a ter a posse tranquila.

Observe-se que a prisão em flagrante nem sempre obsta a consumação do delito, pois é possível a prisão em flagrante por um crime de furto consumado, como no caso do *flagrante impróprio* – no momento imediato após o cometimento do delito, englobando o ato de surpreender o autor logo após, ou de persegui-lo logo após em circunstâncias que indiquem sua autoria – ou *presumido* – em que se surpreende o indivíduo, logo após o fato delituoso, na posse de instrumentos ou objetos que façam presumir ser ele o autor.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.2. Furto de uso

• **Tipo legal**

Art. 241. Se a coisa é subtraída para o fim de uso momentâneo e, a seguir, vem a ser imediatamente restituída ou reposta no lugar onde se achava:

Pena – detenção, até seis meses.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se a coisa usada é veículo motorizado; e de um terço, se é animal de sela ou de tiro.

• **Objeto jurídico:** o tipo penal em comento tutela o patrimônio, podendo este pertencer a uma pessoa natural ou jurídica, nesta com as mesmas restrições verificadas para o crime de furto para a configuração do crime militar. Aqui, diversamente ao que entendemos para o furto, consideramos que a tutela não está afeta somente à propriedade, porquanto, pelo furto de uso, nem sempre ela será turbada, já que há a restituição imediatamente após o uso. Pode-se, então, sustentar haver foco também na posse da *res*.

Como muito bem dispõe Jorge César de Assis, "a finalidade da lei penal, ao tipificar o furto de uso, foi de proteger o patrimônio alheio, de forma ampla, contra toda e qualquer espécie de ofensa ou violação da propriedade e da vontade do possuidor. No furto de uso, o agente não age, em momento algum, com animus *rem sibi habendi*. Sua vontade é apenas usar a coisa, momentaneamente, após o que a restitui, ou repõe, no lugar onde se achava"**[1578]**.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1579]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa (natural ou jurídica, nesta com as mesmas restrições verificadas para o crime de furto para a configuração do crime militar) atingida pela conduta, proprietária ou possuidora da *res*.

• **Elementos objetivos:** o tipo penal do art. 241 do CPM, sem par na legislação comum, possui descrição dependente do art. 240 do mesmo diploma, ou seja, ao consignar "se a coisa é subtraída para o fim de uso momentâneo",

está, naturalmente, incorporando os elementos típicos do furto simples, à exceção, obviamente, do elemento subjetivo específico do injusto (dolo específico), que aqui não busca inverter a propriedade. Dessa forma, remetemos o leitor para os cometários ao art. 240 deste Código, no que concerne à forma simples do delito.

Discussão bem profícua neste ponto é a verificação acerca da possibilidade de as qualificadoras do art. 240 do CPM poderem ou não ser aplicadas ao furto de uso.

Entendemos que a resposta há de ser em sentido negativo, primeiro, por uma questão topográfica, já que as qualificadoras estão em dispositivo anterior ao do furto de uso, segundo, e principalmente, porque não teriam elas qualquer relevância para a fixação da pena-base, visto que o preceito secundário do art. 241, ainda que possa incorporar os elementos típicos das qualificadoras, permite a hipótese única de fixação da pena-base em detenção de trinta dias a seis meses. Como exemplo, se o furto de uso for praticado contra um bem da Fazenda Nacional, ainda que haja a pena qualificada do § 5º do art. 240 do CPM, a pena a ser imposta será a do preceito secundário do art. 241 do mesmo *Codex*.

O parágrafo único do art. 241 prevê causa especial de aumento de pena se o objeto do delito for veículo motorizado ou animal de montaria e de tiro.

Veículo motorizado deve compreender todo e qualquer meio de locomoção cuja propulsão seja obtida por motor que se utilize da energia resultante de combustão, de eletricidade etc., enquadrando-se, por exemplo, carros, motocicletas e botes movidos a motor. Neste caso a pena será aumentada de metade. Ainda com esse acréscimo, no entanto, note-se que a pena poderia no máximo chegar a nove meses de detenção, facilmente se operando a prescrição. Nesse sentido, no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, *vide* a Apelação Criminal n. 5.560/06 (Feito n. 41.363/05, 4ª Auditoria), julgada em 14 de setembro de 2009, sob relatoria do Juiz Cel. PM Clovis Santinon:

"Incide no crime de furto de uso o policial militar que subtrai viatura e a restitui, dois dias depois, ao local onde se achava. Extingue-se a punibilidade

pela prescrição da pretensão punitiva se, da publicação da sentença da qual apenas a Defesa recorre, flui prazo superior ao estabelecido no Código Penal Militar para a prescrição da pena imposta".

Animal de montaria compreende todo e qualquer animal utilizado para deslocamento, comportando uma pessoa sobre seu dorso (cavalo, mula, búfalo etc.). Frise-se que o animal pode ou não pertencer ao patrimônio da Instituição Militar, sendo estranho à descrição típica elemento restritivo num ou noutro sentido, configurando-se o delito, por exemplo, quando um militar da ativa subtrai animal de montaria pertencente a outro militar da ativa.

Animal de tiro compreende o animal utilizado para tração, e não montaria; trata-se de animal que tira ou puxa um carro, uma carroça, colche etc. Deve-se lembrar que o significado, na língua portuguesa, para a palavra "tiro" também é "o ato ou serviço de puxar carros, feito por animais"**[1580]**, levando à expressão "animal de tiro". Da mesma forma, não há elemento típico indicando que o animal de tiro deva pertencer apenas à Instituição Militar, podendo perfeitamente ser de propriedade privada e ainda assim configurar o crime militar em estudo.

No que concerne ao reconhecimento da insignificância no furto de uso, não há dispositivo expresso autorizando tal possibilidade. Todavia, como o princípio da insignificância tem sido reconhecido fora das estritas previsões legais, é aceitável que um furto de uso seja afastado pela insignificância da lesão ao bem jurídico, constatação essa que, como já visto, não está mais vinculada ao salário mínimo.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de subtrair, usar e devolver, exigindo-se, portanto, o dolo específico (hoje, elemento subjetivo especial do tipo ou do injusto).

• **Consumação:** o delito se consuma com a devolução ou reposição da coisa subtraída.

• **Tentativa:** não entendemos ser possível a tentativa, porquanto o agente devolve ou não a coisa subtraída. Curioso notar que se o autor for pego na posse da *res* subtraída já em local seguro, mesmo que tenha a intenção de

devolvê-la, responderá pelo furto consumado na figura do art. 240 do CPM, o que torna o hipotético “furto de uso tentado”, em “furto”, de apenamento mais grave que o furto de uso consumado.

Assim, até que a coisa seja recolocada, reposta, nas mesmas condições em que se encontrava, no local de onde foi subtraída, a conduta será caracterizada como furto, previsto no art. 240 do CPM.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** o delito em foco pode ser perpetrado por qualquer pessoa e não tem similar tipificação no Código Penal comum, o que levaria à conclusão de que para se ter a completa compreensão da tipicidade do furto de uso, dever-se-ia verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa. Contudo, como se trata de um tipo penal dependente da forma simples do furto, em verdade, quando o sujeito ativo for militar da ativa, deve ser verificado o inciso II do art. 9º, com suas alíneas.

Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2. DO ROUBO E DA EXTORSÃO

2.1. Roubo simples

• **Tipo legal**

Art. 242. Subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante emprego ou ameaça de emprego de violência contra pessoa, ou depois de havê-

la, por qualquer modo, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena – reclusão, de quatro a quinze anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, em seguida à subtração da coisa, emprega ou ameaça empregar violência contra pessoa, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para outrem.

Roubo qualificado

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II – se há concurso de duas ou mais pessoas;

III – se a vítima está em serviço de transporte de valores, e o agente conhece tal circunstância;

IV – se a vítima está em serviço de natureza militar;

V – se é dolosamente causada lesão grave;

VI – se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis esse resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo.

Latrocínio

3º Se, para praticar o roubo, ou assegurar a impunidade do crime, ou a detenção da coisa, o agente ocasiona dolosamente a morte de alguém, a pena será de reclusão, de quinze a trinta anos, sendo irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumar-se. Se há mais de uma vítima dessa violência à pessoa, aplica-se o disposto no art. 79.

• **Objetividade jurídica:** tal como ocorre com o furto, o tipo penal do crime de roubo tutela o patrimônio, mas vai além, tutelando ainda a integridade física, a saúde e a vida da pessoa, constituindo um crime pluriofensivo.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação

constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1581]**. Regra geral, o proprietário não poderá responder pelo roubo da coisa que lhe pertence, devendo sua conduta ser enquadrada no delito comum de exercício arbitrário das próprias razões (art. 346 do CP), inexistente no Código Penal Militar. Como exceção, no entanto, admite-se o roubo pelo proprietário de coisa comum, subsumindo-se sua conduta no art. 156 do CP, visto também não haver figura típica similar no Código Penal Castrense.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a pessoa atingida pela conduta, seja ela proprietária da *res*, seja ela possuidora ou mera detentora, que podem ter a integridade física, a vida ou a saúde aviltada. Aliás, focando a integridade física, mesmo aquela pessoa que nem sequer tem a mera detenção da coisa, mas que sofre a violência, também figurará no polo passivo deste delito. Dessa forma, a sujeição passiva poderá recair sobre uma ou mais pessoas.

• **Elementos objetivos:** com descrição típica semelhante à do art. 157 do Código Penal comum, o tipo penal do crime militar de furto tem por conduta nuclear "subtrair", ou seja, tirar, tomar, sacar, agora, de forma diferente do furto, com o emprego de violência ou grave ameaça, alcançando a inversão de posse da coisa.

Essa subtração deve ter o propósito de permanecer com a coisa, ainda que temporariamente, ou entregá-la a outrem – obviamente não sendo a própria pessoa vítima da subtração.

O objeto material do delito são a *coisa alheia móvel* e a pessoa contra a qual se pratica a *violência ou a grave ameaça*. *Coisa móvel*, no sentido que a emprega o Direito Penal, segue um conceito natural, diverso do Direito Civil, consistindo em "tudo aquilo passível de remoção, ou seja, tudo o que puder ser removido, retirado, mobilizado"**[1582]**, a exemplo de dinheiro, automóvel, joias, animais etc. A exemplo do que dispusemos acerca do furto, cadáveres à disposição da família não podem ser objeto de roubo, mas se à disposição de um hospital, para pesquisas, comportará a possibilidade deste delito. Também não pode ser objeto de roubo o ser humano vivo, cujo arrebatamento poderá significar outro delito, como o de sequestro (art. 225 do CPM).

Outra qualidade exigida da coisa é que ela seja *alheia*, não pertencente ao próprio agente. Assim, a *res nullius* (coisa de ninguém), a *res derelicta* (coisa abandonada) e a *res commune omnion* (coisa de uso de todos) não podem ser objeto material do delito de roubo, devendo, em princípio, o agente responder apenas pela violência ou grave ameaça praticada.

Como acima consignado, também se considera objeto material do delito a *pessoa natural* contra a qual é praticada a violência ou a grave ameaça. *Violência*, neste tipo penal, trata-se da *vis corporalis*, ou seja, a violência física, não se exigindo que seja resistível pelo sujeito passivo – aliás nem sequer se exige que ele tente resistir –, bastando que seja empregada para a subtração ou para garanti-la. Pode ser diretamente praticada contra a pessoa que detém a coisa a ser subtraída ou contra terceira pessoa (indireta). Pode ainda a violência ser *própria* ou *imprópria*, entendendo-se aquela como a violência física propriamente dita (*vis corporalis*), enquanto esta não se refere à prática da violência física, mas sim à redução da possibilidade de resistência da vítima, conforme dispõe a parte final do *caput* do art. 242 do CPM, a exemplo do emprego de meio químico, biológico etc., dissimulado, como alucinógenos, soníferos etc., para que a vítima não resista à subtração. Por óbvio, se o emprego do outro meio *anular* a resistência do sujeito passivo, a conduta estará subsumida pelo tipo, já que anular é reduzir a zero. Praticamente pacífica a visão de que a violência leve, empregada apenas com o intuito de distrair, e não intimidar, a exemplo de empurrão ou trombada, não caracteriza violência para a subsunção da conduta ao roubo, devendo o agente responder pelo delito de furto**[1583]**.

A *ameaça* de violência na subtração (ou depois dela, para garanti-la), não significa qualquer ameaça, mas uma ameaça de emprego de violência, como exige o próprio tipo penal militar, devendo, obviamente, configurar-se em promessa de um mal (violência física) futuro apto a causar temor no sujeito passivo. De notar que o tipo penal comum correlato possui tipificação um pouco diversa, porquanto admite o emprego de qualquer ameaça grave.

Como vimos dispondo, a violência ou a ameaça de sua prática podem ocorrer para possibilitar a subtração, ou seja, antes ou durante esta, ou mesmo após, com o escopo de assegurar a impunidade do delito (não ser identificado,

não ser preso, conseguir fugir etc.) ou a detenção da coisa para si ou para outrem (manter-se na posse dela e incorporá-la a seus pertences ou encaminhá-la a outrem). No primeiro caso, teremos o que se denomina *roubo próprio*, figura trazida pelo *caput* do art. 242 do CPM, como no caso em que o militar da ativa agride outro militar na mesma situação subtraindo, ato contínuo, um objeto de valor. No segundo caso, denominado *roubo impróprio*, a previsão típica está no § 1º do art. 242, podendo ser citado como exemplo o militar da ativa que decida furtar um objeto e, já com a posse da coisa subtraída e imediatamente descoberto por seu proprietário, um outro militar da ativa, usa de violência para fugir e garantir a posse da coisa.

O § 2º do art. 242, apesar de trazer a rubrica "roubo qualificado", em verdade constitui causa especial de aumento de pena, sendo a pena do tipo-base fixada em reclusão de quatro a quinze anos, majorada em um terço até a metade.

A primeira causa especial de aumento de pena (inciso I do § 2º do art. 242 do CPM – "roubo qualificado") é o *emprego de arma* para a violência ou para a ameaça, causa idêntica à prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP. Inicialmente, note-se que a arma deve ser utilizada (*emprego*) na violência ou ameaça, não bastando que o autor esteja armado para a incidência desta causa de aumento de pena; é preciso que, de algum modo, ainda que apenas exibindo, valha-se da arma para aumentar seu domínio sobre a vítima. Em segundo momento, deve-se conceber que o tipo penal não menciona arma de fogo, mas se reporta a *arma*, donde se conclui que pode tratar-se de arma própria (branca ou de fogo), ou seja, aquela idealizada com o fim de causar injúria à integridade física da pessoa, como revólveres, pistolas, faca, soco inglês etc., como arma imprópria, ou seja, aquela não idealizada para ofender a integridade física, mas que, desvirtuada sua utilização, tem esse poder, por exemplo, machado, cutelo, martelo, taco de beisebol etc.

Questão também interessante, a exemplo do que discutimos no crime de constrangimento ilegal, está na possibilidade ou não de majoração da pena em face do emprego de arma de brinquedo (ou arma real não apta ao disparo, p. ex.). Destaque-se que a majoração da pena nesse caso pode dar-se com foco em

dois critérios alternativos: objetivo e subjetivo.

Para os adeptos do *critério objetivo*, o que se valora é o efetivo perigo para a vítima decorrente do emprego de arma, o que, não constatado, evitaria a majoração. Para essa linha, não possibilitaria a incidência da causa especial de aumento de pena a arma, por exemplo, não apta ao disparo (simulacro, com defeito de funcionamento, desmuniciada, dedo ou objeto pontiagudo – que não se configure em arma, obviamente – por baixo das vestes simulando arma de fogo etc.). Por outro lado, para o *critério subjetivo*, o que deve ser levado em conta é o poder de intimidação que o objeto causa na vítima, concluindo-se que para tanto as situações de emprego de arma de brinquedo (com defeito de funcionamento etc.) deveriam conhecer a majoração da pena.

Há predominância jurisprudencial e doutrinária para a adoção do critério objetivo, sendo importante destacar que, nesse caso, fundamental se torna a perícia no objeto utilizado, constatando-se sua aptidão em causar injúria à integridade física da vítima.

No plano doutrinário, *vide* Guilherme Nucci, que adota o critério objetivo, ao qual também nos filiamos:

"(...) Preferimos a teoria objetiva, ou seja, respeitando-se o princípio da legalidade, deve-se considerar *arma* exatamente aquilo que pode ser usado como instrumento de ataque ou defesa – ainda que seja imprópria (como, v. g., a utilização de um machado para intimidar o ofendido). É, sem dúvida, mais perigosa a exposição da vítima do roubo a quem possua objeto desse cabedal. Ao contrário, o sujeito que exerce a grave ameaça valendo-se de outros meios, como emprego de sua própria força física, gera menor potencialidade lesiva ao ofendido, que, inclusive, pode sentir-se mais preparado a reagir. (...)"**[1584]**.

Ainda nesse sentido, embora adotando um critério objetivo-subjetivo, mas com evidente prevalência do primeiro, Rogério Greco:

"O emprego da arma agrava especialmente a pena em virtude de sua potencialidade ofensiva, conjugada com o maior poder de intimidação da vítima. Os dois fatores, na verdade, devem estar reunidos para efeito de aplicação da majorante. Dessa forma, não se pode permitir o aumento de pena quando a

arma utilizada pelo agente não tinha, no momento de sua ação, qualquer potencialidade ofensiva por estar sem munição ou mesmo com um defeito mecânico que impossibilitava o disparo”**[1585]**.

No plano jurisprudencial, assimilando o critério objetivo, trazemos, por todos, o já mencionado Recurso Especial n. 213.054/SP (j. em 23-10-2002, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca), em que, inclusive, foi afastada a antiga Súmula 174 da mesma Corte:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I, § 2º, DO ART. 157, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA N. 174/STJ. CANCELAMENTO. O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º do Código Penal), do *ne bis in idem*, e da proporcionalidade da pena. Ademais, a Súm. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes. Cancelamento da Súm. 174-STJ. Recurso conhecido mas desprovido”.

Também haverá majoração da pena pelo inciso II do § 2º do art. 242 do CPM (“roubo qualificado”, nos dizeres da rubrica) no roubo praticado em concurso de duas ou mais pessoas, causa também prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do CP. Basta aqui, como defendemos na qualificadora do crime de furto (inciso IV do § 6º do art. 240 do CPM), para onde remetemos o leitor, que apenas um dos agentes seja imputável para que a majorante seja reconhecida. Ademais, prescinde-se da presença física de todos os consortes no local do crime, podendo, muito bem, ser reconhecida a participação moral ou material a distância. Imprescindível, no entanto, que estejam presentes os requisitos exigidos para o concurso de pessoas, a saber, a pluralidade de condutas, a relevância causal dessas condutas, a identidade de fato e o liame subjetivo entre os agentes.

A terceira causa especial de aumento de pena (inciso III do § 2º do art. 242 – “roubo qualificado”) ocorrerá se a vítima estiver em serviço de

transporte de valores, e o agente conhecer tal circunstância, causa idêntica àquela prevista no inciso III do § 2º do art. 157 do CP. A majorante será reconhecida, portanto, quando a vítima estiver transportando valores de terceiros, que podem ser compreendidos em sentido lato, não só abarcando a moeda nacional em espécie, mas também a moeda estrangeira, cheques, cheques de viagens etc. Parece-nos adequado sustentar que a majorante carece, para ser reconhecida, que haja o transporte profissional de valores, por empresas especializadas ou pessoa que como atividade profissional exerce esse serviço, não bastando, portanto, que em uma situação eventual a vítima esteja prestando um favor a terceiro ao transportar e entregar determinado valor ao destinatário. Exemplificando, haverá a majorante no caso de policiais militares que, durante o serviço, subtraiam, mediante emprego de violência, um carro forte que transportava valores de um banco; não ocorrerá a majorante, por outro bordo, no caso do militar federal que roube numerário de um outro militar que prestava um favor a um colega de farda, levando dinheiro para um parente em outro Estado da Federação, por ocasião de uma viagem de férias. Entendemos, ademais, que, embora não haja clara previsão típica, para se configurar a majorante é preciso que o agente consiga subtrair (ou tente) os valores transportados, e não objetos e valores pessoais do transportador. Imprescindível, por fim, como exige a descrição típica, que o agente saiba da condição do transporte de valores, o que ratifica a visão de que a *res* focada pelo agente nesta majorante é a transportada, e não a pessoa do transportador.

Haverá majoração da pena, também, quando a vítima estiver em *serviço de natureza militar* (inciso IV do § 2º do art. 242 – "roubo qualificado"), causa sem par na legislação penal comum, por óbvio. *Serviço de natureza militar* – a exemplo do que dispusemos sobre *função de natureza militar* ao comentar o delito de maus-tratos (art. 213 do CPM), quando afastamos a aplicação da Súmula 297 do STF – parece-nos albergar todo e qualquer serviço relacionado às atividades constitucionalmente definidas para as Instituições Militares, ou seja, defesa da pátria e dos Poderes constituídos para as Forças Armadas, polícia ostensiva e preservação da ordem pública para as Polícias Militares, e defesa civil para os Corpos de Bombeiros Militares. Nesses casos, a audácia do sujeito ativo representará maior afronta às Instituições Militares, justificando-se, pois, a

majorante.

A quinta causa especial de aumento de pena (inciso V do § 2º do art. 242 – "roubo qualificado") está na causação *dolosa de lesão corporal grave*. No Código Penal comum, essa situação configura-se em forma qualificada de roubo, pre-vista no § 3º do art. 157 do CP, e não em causa especial de aumento de pena. Lesão corporal grave, como já dispusemos ao estudar o § 1º do art. 209 do CPM, para onde remetemos o leitor, consiste naquela em que se produz perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias. Obviamente, estará também presente a majorante nos casos em que ocorrer lesão corporal gravíssima, ou seja, aquela em que se produz enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, ou deformidade duradoura, nos termos do § 2º do art. 209 do CPM, cujos comentários sugerimos serem revistos pelo leitor. A prática da lesão corporal, ademais, deve ser dolosa, ainda que por dolo eventual, decorrente do emprego de violência.

Finalmente, a pena será aumentada de um terço até a metade se *resultar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis esse resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo* (inciso VI do § 2º do art. 242 – também denominado, equivocadamente "roubo qualificado"). Trata-se de modalidade preterdolosa, em que a morte é alcançada de forma culposa, não havendo dispositivo correlato no Código Penal comum. Como exemplo tome-se o caso em que o agente desfere um soco na vítima, para poder roubá-la, levando-a a uma queda que lhe produz a morte por traumatismo craniano. Também é possível que a ameaça de violência gere culposamente a morte, embora seja muito mais difícil a prova nesse caso, como a situação em que o agente, tendo razões para supor que a vítima sofre de problemas cardíacos (por estar saindo de um hospital especializado em tratamento de cardiopatias, p. ex.), mas sem chegar efetivamente a esse conhecimento, emprega ameaça de violência contra ela, que sofre um colapso e vem a falecer. Nos dois casos apresentados, o agente responderá não pelo concurso de crimes, mas sim pelo roubo, com a majorante em estudo.

Questão curiosa está na prática de lesão corporal resultante de culpa, pois, como vimos, o CPM apenas majora a pena no caso de lesão corporal grave (ou gravíssima) produzida dolosamente ou no caso de resultado morte produzido culposamente, silenciando no caso de lesão corporal grave (ou gravíssima) produzida culposamente. Tomemos exemplos para evidenciar o problema: um militar da ativa desfere um soco na vítima, também militar da ativa, para poder roubá-la, levando-a a uma queda que produz paraplegia; em outro caso, a ameaça de violência durante o roubo em um cardiopata (que deixa o hospital, sem que o agente saiba efetivamente por que), provoca uma lesão cardíaca grave na vítima, que a incapacita para as ocupações habituais por mais de trinta dias. Embora não haja previsão expressa no tipo para a solução dessa questão, parece-nos adequado entender pela hipótese de concurso de crimes, isso, obviamente, se presente o elemento subjetivo "culpa" na conduta do agente. Esse problema, note-se, também está presente no Código Penal comum, porém em relação à provocação culposa do resultado morte. No CP não há, diferentemente do CPM, a majorante específica para o resultado morte, culposo, decorrente do roubo, mas apenas a forma qualificada do latrocínio, que exige a causação dolosa do resultado morte. Assim, no sistema do Direito Penal comum a lacuna é evidente, surgindo a solução pelo concurso de crimes, como ensina Rogério Greco:

"(...) Se, por exemplo, durante a execução de um crime de roubo, cometido com o emprego de *grave ameaça*, a vítima vier a sofrer um colapso cardíaco, falecendo durante a ação criminosa, o agente não poderá responder pelo fato a título de latrocínio, porque o resultado morte da vítima não foi decorrente da violência por ele empreendida, mas, sim, da sua grave ameaça. Poderá, se for o caso, ser responsabilizado pelo roubo (sem a qualificadora do resultado morte), além do homicídio (doloso ou culposo, se o agente conhecia o problema cardíaco da vítima, variando de acordo com seu elemento subjetivo)"**[1586]**.

O mesmo não se pode afirmar sobre a produção dolosa de lesão corporal leve, também omissa na literalidade do tipo penal, mas que deve ser absorvida pela elementar "violência". Nesse sentido, com muito acerto expõe Bitencourt: "(...) Assim, se, ao praticar um roubo, o sujeito ativo causar lesões

corporais leves, não responderá por elas, que ficam absorvidas pelo roubo, subsumidas na elementar violência. (...)”**[1587]**.

Por derradeiro acerca das causas especiais de aumento de pena, deve-se verificar como proceder à majoração diante do concurso de duas ou mais causas em um mesmo fato. Acerca do assunto, aduz Nucci:

“Há três posições principais nesse contexto, mas nenhuma delas plenamente satisfatória: a) deve haver um único aumento, baseado numa das causas constatadas. Se houver mais de uma circunstância, as demais podem ser consideradas como circunstâncias judiciais (art. 59) para estabelecer a pena-base; b) o aumento, que é variável (um terço até a metade), deve ser proporcional ao número de causas presentes. Assim, havendo uma única, cabe aumentar a pena em um terço. Se todas estiverem presentes, o juiz deve aumentar a pena da metade; c) a existência de mais de uma causa de aumento por si só não significa a elevação necessária da pena. O juiz, se assim entender, ainda que presentes várias causas de aumento de apenas um terço, pois o que está em jogo é a gravidade do meio empregado, e não o número de incisos do § 2º que estejam configurados. (...)”**[1588]**.

Entendemos, com o devido respeito aos adeptos das demais teorias, ser correto adotar a segunda teoria, majorando-se a pena uma única vez, em um *quantum* que variará de acordo com o número de causas majorantes presentes. Assim, fixada a pena alterada (pena-base com agravantes e atenuantes), por exemplo, em doze anos de reclusão, um terço significará um aumento de quatro anos nessa pena, enquanto a metade significará um aumento de seis anos, encontrando-se uma diferença de dois anos entre o mínimo e o máximo de acréscimo, que deverá ser dividido pelo número de causas intermediárias abstratamente previsto, ou seja, quatro, já que a presença de uma causa autorizará o aumento mínimo de quatro anos e a presença de todas as causas, um aumento de seis anos na pena, de modo que cada majorante intermediária – a segunda, a terceira, a quarta e a quinta – significará um aumento de seis meses. Um roubo praticado com emprego de arma, cuja pena alterada fosse fixada em doze anos de reclusão – entendemos, diversamente do que ocorre quando da fixação da pena-base pelas circunstâncias judiciais, que o *quantum* deva ter por parâmetro a pena em sua acepção concreta e não mais com base na pena em

abstrato –, deveria alcançar uma condenação de dezesseis anos de reclusão, já que possui apenas uma majorante, autorizando o aumento mínimo de um terço (12+4=16); se ainda fosse praticado em concurso de duas ou mais pessoas, a pena final chegaria a dezesseis anos e seis meses de reclusão (12+4=16, referente à presença de uma majorante, somada a 6 meses, em função do reconhecimento de uma segunda majorante); caso ainda praticado contra vítima em função de natureza militar, a condenação chegaria a dezessete anos de reclusão (12+4=16, referente à presença de uma majorante, somada a 12 meses, em função do reconhecimento de uma segunda e terceira majorantes), e assim por diante, podendo chegar a um total de condenação de dezoito anos, se reconhecidas todas as majorantes, lembrando que as causas especiais de aumento de pena, por incidirem na terceira fase da aplicação, não precisam obedecer ao limite máximo da pena abstratamente fixada.

Parece-nos ser essa compreensão uma forma de encontrar a proporcionalidade na aplicação da pena, destacando-se, contudo, que, diante da omissão da lei penal (comum e militar), outras visões podem ser esposadas, a exemplo da que nos traz Nucci, colocando uma extrema discricionariedade nas mãos do juiz:

"(...) Assim, para maior justiça, cabe ao magistrado, havendo uma só causa de aumento, ponderar se ela deve atender ao máximo (metade), ao mínimo (um terço) ou qualquer montante intermediário de aumento. Nada impede que, havendo uma só circunstância do § 2º, o magistrado eleve a pena da metade. Por outro lado, quando uma segunda, terceira ou quarta circunstância também estiver presente, o juiz deve deslocá-la para o contexto das circunstâncias judiciais (art. 59), proporcionando um aumento da pena-base. Assim, um sujeito que cometesse um roubo com todas as causas de aumento possíveis poderia ser apenado com mais de dez anos de reclusão, conforme o caso. Se o legislador previu um mínimo de 4 e um máximo de 10**[1589]** para o delito de roubo, sem incluir nesse cômputo as causas de aumento, aptas a romper o máximo, não é aceitável que se permaneça vinculado à política da pena mínima. (...)"**[1590]**.

O § 3º do art. 242 prevê o roubo em que a violência protagonizada

pelo autor contra a vítima produz, dolosamente, a morte, modalidade qualificada que ganhou pela própria lei penal militar o *nomen juris* de *latrocínio* – note-se que essa rubrica não é utilizada expressamente pelo vigente Código Penal comum –, devendo constar da apuração a comprovação da morte e a evidência de que foi ela provocada pela violência empregada pelo agente, fixando-se a pena em reclusão de quinze a trinta anos.

Adequado sustentar que a provocação dolosa da morte somente se dará pela prática de violência, e não pela ameaça da prática de violência. *In exemplis*, no caso de o agente, conhecendo a situação de uma vítima gravemente enferma por uma cardiopatia, começar a empreender ameaça de tal porte para provocar-lhe a morte e, depois, subtrair-lhe coisa móvel, não haverá subsunção ao latrocínio. Nesse sentido entende Guilherme Nucci:

"Não se admitindo a aplicação do § 3º quando houver grave ameaça, como defendemos, a única solução viável é o desdobramento das condutas em dois delitos em concurso: roubo + lesões graves ou roubo + homicídio. O segundo delito será punido dolosa ou culposamente, conforme o caso"**[1591]**.

Frisando que o § 3º do art. 157 do CP não se restringe somente à produção dolosa de morte da vítima, alcançando também a produção dolosa ou culposa de lesão grave e a produção culposa de morte, diferente do que prevê o § 3º do art. 242 do CPM, como abaixo esmiuçaremos com mais vagar, neste ponto as lições de Nucci podem ser trasladadas para o Direito Penal Militar, visto que o tipo penal do latrocínio exige que a morte seja decorrência de violência, pois, embora se utilize da expressão "ocasiona dolosamente a morte de alguém", podendo em primeira análise comportar tanto a violência quanto a ameaça, a parte final do § 3º do art. 242, ao tratar de multiplicidade de vítimas, menciona apenas a violência, restringindo, dessarte, a abrangência do latrocínio.

Essa constatação, bem verdade, leva-nos a situação desproporcional, em que a provocação da morte por violência, em princípio mais grave, resulta na subsunção da conduta a um tipo penal militar apenas, o do latrocínio, enquanto a provocação da morte por ameaça do emprego de violência, *prima facie* menos grave, possibilitaria que o agente respondesse pelo delito de roubo simples, com

pena cominada de quatro a quinze anos de reclusão, em concurso com o delito de homicídio doloso, que, mesmo em sua forma simples, possui pena elevada de seis a vinte anos de reclusão, o que, aplicando a regra do concurso de crimes vigente no CPM, possibilita uma condenação máxima, pelo cúmulo material de penas de mesma espécie (art. 79 do CPM), trinta e cinco anos de reclusão. Embora aparentemente desproporcional, a compreensão trazida é a que se extrai do tipo penal em estudo, restando-nos sugerir que futuramente se altere a legislação.

Deve-se frisar que o principal objeto de tutela deste delito é a vida, o que se constata pela previsão típica da consumação do delito, independentemente da lesão patrimonial ("sendo irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumar-se"). Malgrado essa constatação, o tipo penal possui classificação entre os delitos patrimoniais, não sendo, portanto, conceitualmente reconhecido como um delito contra a vida.

Também é possível vislumbrar as figuras do latrocínio *próprio* e *impróprio*. Aquele, quando a provocação da morte se dá para a subtração da coisa móvel; este, quando a morte é provocada após a subtração, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para outrem.

Como ressaltado acima, a produção do resultado morte deve ser dolosa, porquanto, se culposa, não haverá esta forma qualificada de roubo, e sim a forma com pena majorada do inciso VI do § 2º do art. 242 do CPM. Note-se que em comparação com o Código Penal comum vigente, há uma diferença interessante, visto que no CP, em face da omissão literal do tipo penal, a forma qualificada pelo resultado morte (art. 157, § 3º, do CP) pode-se dar por dolo ou por culpa. Nesse sentido, Rogério Greco:

"(...) Esses resultados podem ser imputados a título de dolo ou culpa, isto é, durante a prática do roubo, o agente pode ter querido causar, efetivamente, lesões graves na vítima, ou mesmo a sua morte, para fins de subtração de seus bens, ou tais resultados podem ter ocorrido durante a empresa criminosa sem que fosse intenção do agente produzi-los, mas causados culposamente. Assim, segundo posição majoritária da doutrina, o § 3º cuida de um crime qualificado pelo resultado (lesão corporal grave ou morte) que poderá ser imputado a título

de dolo ou culpa”[1592].

A descrição típica do CPM parece-nos muito mais detalhada e adequada, colocando o roubo com lesão corporal grave, provocada dolosamente, e o roubo com resultado morte, provocado culposamente, como causas especiais de aumento de pena no § 2º do art. 242, enquanto a figura do latrocínio restringe-se apenas ao roubo com a provocação dolosa do resultado morte. Aliás, importante consignar que a redação do crime de roubo no CPM, incluindo suas formas majoradas do § 2º – exceto, por razões óbvias, a do inciso IV – e a forma qualificada do § 3º, é idêntica à constante no art. 168 do Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, do Código Penal comum de 1969, que foi revogado antes de sua entrada em vigor, levando a crer que se esse diploma vingasse efetivamente, o delito de roubo nos dois Códigos Penais (comum e militar) seriam substancialmente iguais.

A morte provocada, para a configuração do latrocínio, pode ser contra qualquer pessoa, desde que não seja um dos autores do delito. Desse modo, estará configurado o latrocínio na situação em que um militar da ativa mata outro militar da ativa para subtrair-lhe bens, assim como se esse militar da ativa, após roubar seu colega de farda, para assegurar a fuga, provoca a morte de outra pessoa, alheia à subtração perpetrada. Frise-se que, no último exemplo, mesmo que essa pessoa não seja um militar, e o fato se dê fora de local sujeito à Administração Militar e estando o sujeito ativo de folga, o crime de latrocínio será crime militar, porquanto a capitulação do delito como crime contra o patrimônio – apesar de a vida ser focada em primeiro plano pela descrição típica – leva à conclusão de que, se a subtração foi perpetrada contra outro militar da ativa, o crime será de militar em situação de atividade contra militar na mesma situação, portanto, subsumido pela alínea *a* do inciso II do art. 9º do CPM.

No caso da morte de mais de uma pessoa, o Código Penal Militar também trouxe solução mais adequada que o Código Penal comum, já que a parte final do § 3º do art. 242 do CPM dispõe que “se há mais de uma vítima dessa violência à pessoa, aplica-se o disposto no art. 79”, ou seja, a provocação de mais de uma morte significará concurso de crimes – formal ou material, já que dependendo da situação poderá haver duas ou mais condutas e o art. 79 se

refere às duas espécies de concurso de crimes –, com as peculiaridades que já discutimos na Parte Geral.

Frise-se que as causas de aumento de pena do § 2º podem incidir também sobre a forma qualificada do § 3º do art. 242, desde que não sejam incompatíveis. Assim, um latrocínio praticado contra militar em função de natureza militar, além de conhecer limites de pena maiores pela forma qualificada de roubo (reclusão de 15 a 30 anos), sofrerá a majoração de um terço. Como exemplo, um latrocínio para o qual a pena alterada (pena-base com a incidência de circunstâncias agravantes e atenuantes) seja fixada em reclusão de dezoito anos, se praticado com arma – lembremo-nos de que no latrocínio a morte pode ser provocada sem emprego de arma, por exemplo, por socos e chutes desferidos na vítima até a morte –, sofrerá um aumento de um terço, alcançando-se a pena final de vinte e dois anos de reclusão.

O art. 247 do CPM prevê uma causa especial de aumento de pena para todos os crimes do Capítulo II do Título V, ou seja, o capítulo do roubo e da extorsão, consistente no fato de a violência ser praticada contra superior, ou militar de serviço, majoração que não possui *quantum* definido pela Parte Especial, devendo-se empregar o disposto no art. 73 do CPM, aumentando-se a pena de um quinto e um terço.

Superior, na concepção que lhe dá o Código Penal Militar, compreende o superior hierárquico e o superior funcional, nos termos do art. 24 do CPM. No que concerne à majoração de militar de serviço, estará ela presente apenas quando o serviço desempenhado pela vítima não for de natureza militar, já que nesse caso a majoração será específica, a saber, a constante do inciso IV do § 2º do art. 242, acima já estudada.

• **Elemento subjetivo:** o delito de roubo, na sua forma simples e qualificada (latrocínio), admite apenas a modalidade dolosa, ou seja, a intenção, a vontade livre e consciente de subtrair coisa móvel que não lhe pertence, com o emprego de violência, exigindo-se, ainda, para o latrocínio, a intenção de causar a morte do sujeito passivo.

Ademais, exige-se nas formas simples e qualificada (latrocínio) a

intenção de subtração da coisa para o próprio autor ou para um terceiro, configurando-se em elemento subjetivo especial do tipo (dolo específico).

Por fim, com base no disposto no inciso VI do § 2º do art. 242, deve-se reconhecer uma modalidade preterdolosa, caracterizada pela subtração dolosa e provocação de morte culposa, em que será incidente a causa especial de aumento de pena na proporção trazida pela lei penal militar.

• **Consumação:** o delito se consuma com a posse mansa e pacífica da coisa subtraída, não importa o local onde se encontre, sendo suficiente a tranquilidade do autor na inversão da posse, mesmo que efêmera.

No latrocínio, consuma-se com a morte da vítima, independente de a subtração patrimonial ter-se efetivado, conforme prevê o § 3º do artigo. Dessa forma, podemos dizer que para o latrocínio existem as seguintes possibilidades:

a) subtração consumada e morte consumada – latrocínio consumado;

b) subtração tentada e morte consumada – embora haja polêmica no Direito Penal comum, o que se soluciona pela Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal ("Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima"), no Direito Penal Militar, em face da disposição do § 3º do art. 242 ("...sendo irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumar-se."), haverá latrocínio consumado;

c) subtração consumada e morte tentada – latrocínio tentado;

d) subtração tentada e morte tentada – latrocínio tentado.

• **Tentativa:** a tentativa do crime de roubo é possível, inclusive em sua forma qualificada (latrocínio), como acima verificado.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** embora o delito militar de roubo possua descrição típica um pouco diferente da prevista no art. 157 do Código Penal, entendemos que substancialmente há uma identidade entre o delito comum e o militar, de sorte que para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime militar, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo

for militar da ativa. Ademais, deve-se notar que a descrição típica do roubo no Código Penal Militar é idêntica àquela trazida pelo art. 168 do Código Penal comum de 1969 (Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969), revogado antes de sua entrada em vigor, valendo dizer que a intenção do legislador penal militar era reconhecer a identidade entre os tipos penais comum e militar, autorizando, assim, interpretar o enquadramento deste delito no inciso II do art. 9º do CPM.

Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2.2. Extorsão simples

• **Tipo legal**

Art. 243. Obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, constrangendo alguém, mediante violência ou grave ameaça:

a) a praticar ou tolerar que se pratique ato lesivo do seu patrimônio, ou de terceiro;

b) a omitir ato de interesse do seu patrimônio, ou de terceiro:

Pena – reclusão, de quatro a quinze anos.

Formas qualificadas

§ 1º Aplica-se à extorsão o disposto no § 2º do art. 242.

§ 2º Aplica-se à extorsão, praticada mediante violência, o disposto no § 3º do art. 242.

• **Objetividade jurídica:** assim como no caso do delito de roubo, o tipo penal do crime de extorsão tutela o patrimônio, a integridade física, a saúde e a

vida da pessoa, constituindo um crime pluriofensivo.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1593]**.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a pessoa atingida pela conduta, ou seja, a titular do patrimônio aviltado, e ainda aquela que teve a integridade física, a vida ou a saúde aviltada, podendo, portanto, a sujeição passiva recair sobre uma ou mais pessoas.

• **Elementos objetivos:** o tipo do delito militar de extorsão tem por núcleo o verbo “obter”, que significa alcançar, receber, ter, pressupondo a conduta positiva da vítima que pratica (ou tolera a prática) de algo que lesa seu patrimônio (ou de terceiro), ou mesmo se omite de praticar ato interessante ao seu patrimônio (ou de terceiro). Diferencia-se, portanto, do roubo, em que o comportamento da vítima é indiferente, ou seja, a vítima não colabora com a atitude criminosa, mas apenas entrega a *res* em função de violência ou ameaça, ou então apenas é surpreendida pela conduta violenta que facilita o arrebatamento da coisa. Vale dizer, na extorsão o agente não alcança seu intento sem o comportamento da vítima, enquanto no roubo o agente pode alcançar sucesso em sua empreitada independentemente do comportamento do sujeito passivo. Nesse sentido, Hungria dispunha:

“Há entre a extorsão e o roubo (aos quais é cominada pena idêntica) uma tal afinidade que, em certos casos, praticamente se confundem. Conceitualmente, porém, a distinção está em que, na extorsão, diversamente do roubo, é a própria vítima que, coagida, se despoja em favor do agente”**[1594]**.

O agente, para a configuração do delito de extorsão, deve obter *vantagem econômica indevida*, ou seja, obter dinheiro, bem etc. ao qual não possui direito, que não lhe é devido. Caso a vantagem seja devida, estará afastada a hipótese de extorsão, podendo estar presente o delito comum de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP); caso a vantagem não seja econômica, também estará afastada a hipótese de extorsão, podendo-se configurar outro delito, a exemplo da ameaça (art. 223 do CPM) ou do

constrangimento ilegal (art. 222 do CPM), ou até, em alguns casos pontuais, o delito de concussão (art. 305 do CPM). Neste ponto, o delito militar de extorsão, ao exigir a efetiva obtenção da vantagem econômica para sua consumação (crime material), diferencia-se do crime comum de extorsão, previsto no vigente Código Penal comum, no art. 158, em que a conduta nuclear é "constranger" com o intuito de obter a vantagem indevida (delito formal). Todavia, deve-se registrar que a descrição típica contida no art. 243 do CPM é idêntica à constante do art. 169 do Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, do Código Penal comum de 1969, revogado antes de sua entrada em vigor, levando a crer que se esse diploma de fato vingasse, o delito de extorsão simples nos dois Códigos Penais (comum e militar) seriam substancialmente iguais.

O autor obtém da vítima vantagem econômica, que, contudo, só consegue impondo-lhe violência ou grave ameaça.

Violência, no sentido que lhe dá o tipo penal, trata-se da *vis corporalis*, ou seja, a violência física, podendo ser caracterizada por ação, por exemplo, o militar da ativa que agride outro militar em atividade para que saque dinheiro em um caixa eletrônico e lhe entregue, ou por omissão, por exemplo, pela privação da vítima de água para que execute a mesma conduta. Não se exige que a violência seja resistível pelo sujeito passivo, aliás nem sequer se exige que ele tente resistir, basta que seja empregada para que a vítima se comporte como manda o tipo penal.

A *ameaça*, como exige o próprio tipo, deve ser *grave*, ou seja, uma promessa de mal futuro apta a causar temor no sujeito passivo, consistindo em uma violência moral. Pode consistir em ameaça oral, verbal escrita, gestual etc. Não é necessário, por outro lado, que o mal versado na ameaça seja injusto. Também não é necessário que a ameaça configure coação irresistível – aliás nem sequer se exige que o sujeito passivo tente resistir –, já que se trata de elemento estranho ao tipo penal em estudo, bastando que, como dito, seja idônea a causar medo no sujeito passivo. Assim, configurará ameaça apta a caracterizar a extorsão a promessa de matar o sujeito passivo (injusta ameaça), bem como a promessa de futura prisão do sujeito passivo que tenha eventualmente cometido um delito (promessa justa).

A *violência* deve ser dirigida à própria vítima; porém, na *grave ameaça*, o mal prometido deve chegar ao conhecimento da vítima, podendo, entretanto, ser a ela mesma dirigido (direta) ou a terceiro (indireta), como o militar que, de serviço, ameaça matar o filho de uma mulher para que esta saque dinheiro em um caixa eletrônico e lhe entregue.

Como acima dito, o sucesso da empreitada do sujeito ativo depende de um comportamento comissivo ou omissivo imposto à vítima pela violência ou grave ameaça. Assim, o sujeito passivo será constrangido a praticar ato lesivo ao seu patrimônio (ou de terceiro) – a exemplo da transferência ou entrega futura de bens – ou a tolerar que se pratique ato lesivo do seu patrimônio (ou de terceiro) – a exemplo do uso ou consumo de seus bens –, ou ainda a omitir ato de interesse do seu patrimônio (ou de terceiro) –, por exemplo, um militar da ativa que constranja outro militar em situação de atividade a não arrematar um bem leiloado por preço interessante, o que representaria um ganho patrimonial à vítima, logrando ele próprio, o sujeito ativo, arrematar tal bem, ou ainda o militar da ativa que constranja outro também em situação de atividade a não cobrar-lhe um crédito pessoal.

Importante ressaltar que, como o delito militar de extorsão é crime material, o constrangimento de alguém a um ato nulo, ainda que com o intuito de obtenção de vantagem econômica indevida, configurará hipótese de crime impossível, pela impropriedade absoluta do objeto.

"Segundo o magistério de Luiz Regis Prado, o 'ato nulo (art. 145, CC), que nenhum benefício de ordem econômica possa produzir, não configura a extorsão (crime impossível pela impropriedade do objeto – art. 17), restando apenas o constrangimento ilegal (art. 146, CP)'. Esse entendimento segue a orientação de Magalhães Noronha, que, após destacar a natureza patrimonial da extorsão e afirmar que, não havendo lesão contra o patrimônio, faltará objetividade jurídica do delito, afirma: 'A nosso ver, não cometeria delito de extorsão quem obrigasse um menor de 16 anos a assinar um documento de dívida, por ser ato praticado por pessoa absolutamente incapaz (Cód. Civil, art. 5º), como também não cometeria extorsão quem coagisse outrem a firmar documento, no qual prometesse tornar-se seu escravo, pois seria ilícito o objeto

do ato (Cód. Civil, art. 145, n. II). Nesses, como nos outros casos do art. 145 da lei civil, há crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto"'[1595].

Além da distinção da extorsão do crime de roubo, acima abordada, também se demonstra útil distingui-la do delito de concussão (art. 305 do CPM), já que uma das circunstâncias em que a extorsão se torna crime militar consiste na sua prática por militar atuando em serviço ou em razão da função (alínea *c* do inciso II do art. 9º do CPM).

A distinção, entendemos, em primeiro plano está na natureza da vantagem indevida, que, como acima dito, no delito de extorsão deve ser econômica, enquanto na concussão pode ser de qualquer ordem, inclusive econômica. Mas a principal diferenciação está na motivação de ação do agente. Em outros termos, no delito de concussão, o agente pode muito bem tentar obter uma vantagem indevida por uma exigência veiculada por grave ameaça (justa ou injusta) – embora esse elemento não esteja expresso no tipo penal da concussão, acaba ocorrendo, como veremos, em função do temor e da reverência do cidadão em face de exercício de autoridade (*metus publicae potestatis*) –, mas desde que haja ligação dessa ameaça com a prática ou abstenção de um ato que representa um dever de ofício, que se encontra naturalmente na situação presenciada pelo agente público, e não por ele arquitetada para futuramente obter a vantagem. Na extorsão, por outro lado, embora também possa estar presente uma exigência veiculada por uma grave ameaça, a atuação do agente nada guarda com a atuação de ofício, e a situação pode ter sido gerada – não necessariamente o será – pelo próprio sujeito ativo.

Exemplificativamente, para tornar clara a distinção proposta, praticará extorsão o militar que, em serviço, constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a depositar dinheiro em sua conta corrente, respondendo por delito consumado, se o depósito for feito, ou por delito tentado, se por motivos alheios à vontade do agente o depósito não se efetivar. Por outro lado, terá sua conduta subsumida no delito de concussão o militar que exige vantagem indevida de um autor de delito que acaba de deter, sob a ameaça de adotar as providências legais. Note-se que no primeiro exemplo o impulso de ação do militar sujeito ativo nada tem que ver com o dever de ação do militar, enquanto

no segundo exemplo a exigência vincula-se à não prática de um ato imposto pelo dever jurídico de ação.

Em outro exemplo, podemos dizer que, por vezes, a extorsão poderá ser resultante de uma situação premeditadamente gerada pelo sujeito ativo, que em certas situações poderá até ter a aparência de ligar-se a autuação imposta por dever jurídico de ação, mas, na verdade, consiste em um engodo. Como exemplo, tome-se o caso trazido à discussão no Processo n. 56.557/10, da 4ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, em que militares do Estado em concurso com não militares, em tese, arquitetaram e colocaram em marcha um plano em que propiciaram que uma pessoa do sexo masculino fosse para um motel com três adolescentes do sexo feminino, devendo uma delas, quando no interior do quarto, ligar para alguns desses militares, que compareceram ao local, fardados e com viatura, e abordaram a vítima, passando a exigir indevida vantagem econômica, sob pena de prendê-la pelo crime de "pedofilia"; o representante do Ministério Público, de forma acertada em nossa opinião, compreendeu o fato como extorsão, denunciando os réus pelo delito capitulado no art. 243 do CPM. Note-se que, embora tenha havido a exigência de vantagem econômica indevida por militares fardados e pretensamente em serviço, a situação encontrada pelos extorsionários não existia previamente, foi obtida em razão do desempenho profissional, mas foi por eles gerada com o intuito de extorquir, sendo, de fato, mais adequada a subsunção da conduta ao delito de extorsão.

Por força do § 1º do art. 243, as causas especiais de aumento de pena aplicadas ao roubo (art. 242, § 2º, do CPM) também se aplicam ao delito de extorsão, rotulando equivocadamente o CPM tal possibilidade de "forma qualificada" de extorsão, em que, na verdade, haverá majoração da pena de reclusão de quatro a quinze anos em um *quantum* que varia de um terço até a metade. Como já comentamos detidamente tais causas ao tratar do crime militar de roubo, remetemos o leitor àqueles comentários, bastando neste ponto citá-las sucintamente. Assim, são causas especiais de aumento de pena na extorsão simples o emprego de violência ou grave ameaça com a utilização de arma (em vista da maximização do potencial ofensivo), quando praticada em concurso de duas ou mais pessoas (pela facilitação da ação e pelo aumento do poder de

pressão sobre a vítima), quando a vítima estiver em serviço de transporte de valores e o agente conhecer tal circunstância (em vista da carga transportada, desde que o autor tenha conhecimento dela), quando a vítima estiver em serviço de natureza militar (atividade própria da Instituição Militar), quando o autor causar, dolosamente, à vítima lesão grave (ou gravíssima) ou, por fim, quando causar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis esse resultado nem assumiu o risco de produzi-lo (inexistência de dolo no resultado).

Da mesma forma, o § 2º do art. 243 traslada a qualificadora do roubo trazida pelo § 3º do art. 242 (latrocínio) para a extorsão simples, ou seja, no caso de a violência (afastando-se a de sua prática, como defendemos no roubo) resultar em morte de alguém, produzida dolosamente, a pena em abstrato será de reclusão, de quinze a trinta anos, sendo irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumar-se. Também é irrelevante se a morte é empreendida para assegurar a impunidade do crime ou para a efetiva obtenção da vantagem indevida. No caso de existir mais de uma vítima dessa violência à pessoa, ocorrerá hipótese de concurso material ou formal de crimes.

É possível, entendemos, a aplicação das majorantes na forma de extorsão qualificada pela produção dolosa da morte do sujeito passivo (ou de outra pessoa, já que o tipo penal não restringe a produção do resultado ao titular do patrimônio aviltado).

O art. 247 do CPM prevê uma causa especial de aumento de pena para todos os crimes do Capítulo II do Título V, ou seja, o capítulo do roubo e da extorsão, consistente no fato de a violência ser praticada contra superior, ou militar de serviço, majoração que não possui *quantum* definido pela Parte Especial, devendo-se empregar o disposto no art. 73 do CPM, aumentada a pena de um quinto e um terço.

Superior, na concepção que lhe dá o Código Penal Militar, compreende o superior hierárquico e o superior funcional, nos termos do art. 24 do CPM. No que concerne à majoração de militar de serviço, estará ela presente apenas quando o serviço desempenhado pela vítima não for de natureza militar, já que neste caso a majoração será específica, a saber, a constante do inciso IV do § 2º do art. 242 do CPM, aqui aplicada por força do § 1º do art. 243 do mesmo

Codex.

• **Elemento subjetivo:** o delito de extorsão, na sua forma simples e qualificada (art. 243, § 2º, do CPM), admite apenas a modalidade dolosa, ou seja, a intenção, a vontade livre e consciente de obter a vantagem pecuniária indevida, com o emprego de violência ou grave ameaça, exigindo-se, ainda, para a extorsão qualificada pelo resultado morte (decorrente apenas da violência), a intenção de causar esse resultado no sujeito passivo para assegurar a impunidade do crime, ou a efetiva obtenção da vantagem.

Por fim, com base no disposto no inciso VI do § 2º do art. 242 do CPM, aplicado à extorsão por força do § 1º do art. 243 do mesmo diploma, deve-se reconhecer uma modalidade preterdolosa, caracterizada pela obtenção de vantagem dolosa e provocação de morte culposa, em que será incidente a causa especial de aumento de pena na proporção trazida pela lei penal militar.

• **Consumação:** o delito se consuma com a obtenção da vantagem indevida, com exceção da extorsão qualificada pelo resultado morte, que deve possuir, por ser o crime militar de extorsão um crime material, conformação próxima à do latrocínio. Assim, a extorsão qualificada pela morte consuma-se com a ocorrência desse evento, independente de a vantagem econômica indevida ter sido obtida, conforme prevê o § 3º do art. 242 do CPM, aplicado à extorsão por força do § 2º do art. 243 do mesmo diploma, podendo-se vislumbrar as seguintes possibilidades:

a) obtenção de vantagem pecuniária indevida consumada e morte consumada – extorsão qualificada consumada;

b) obtenção de vantagem pecuniária indevida tentada e morte consumada – extorsão qualificada consumada;

c) obtenção de vantagem pecuniária indevida consumada e morte tentada – extorsão qualificada tentada;

d) obtenção de vantagem pecuniária indevida tentada e morte tentada – extorsão qualificada tentada.

• **Tentativa:** é possível, inclusive em sua forma qualificada, como acima verificado.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** embora o delito militar de extorsão possua descrição típica diferente da prevista no art. 158 do Código Penal, essa descrição (art. 243 do CPM) é idêntica àquela trazida pelo art. 169 do Código Penal comum de 1969 (Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969), revogado antes de sua entrada em vigor, valendo dizer que a intenção do legislador penal militar era reconhecer a identidade entre os tipos penais comum e militar, de sorte que para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime militar, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa.

Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2.3. Extorsão mediante sequestro

• **Tipo legal**

Art. 244. Extorquir ou tentar extorquir para si ou para outrem, mediante sequestro de pessoa, indevida vantagem econômica:

Pena – reclusão, de seis a quinze anos.

Formas qualificadas

§ 1º Se o sequestro dura mais de vinte e quatro horas, ou se o sequestrado é menor de dezesseis ou maior de sessenta anos, ou se o crime é cometido por mais de duas pessoas, a pena é de reclusão de oito a vinte anos.

§ 2º Se à pessoa sequestrada, em razão de maus-tratos ou da natureza

do sequestro, resulta grave sofrimento físico ou moral, a pena de reclusão é aumentada de um terço.

§ 3º Se o agente vem a empregar violência contra a pessoa sequestrada, aplicam-se, correspondentemente, as disposições do art. 242, § 2º, n. V e VI ,e § 3º.

• **Objetividade jurídica:** Este dispositivo tutela o patrimônio, a liberdade, a integridade física, a saúde e a vida da pessoa, constituindo um crime pluriofensivo.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este último restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1596]**.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a pessoa atingida pela conduta, ou seja, a titular do patrimônio aviltado, bem como aquela que teve a liberdade suprimida ou a integridade física, a vida ou a saúde ofendida, podendo, portanto, a sujeição passiva recair sobre uma ou mais pessoas.

• **Elementos objetivos:** como se extrai do tipo penal do art. 244, em análise, o núcleo da conduta é "extorquir", ou "tentar extorquir", o que necessariamente leva à necessidade de análise precedente do artigo anterior, referente à extorsão, de sorte que a conduta nuclear da extorsão mediante sequestro pode ser compreendida como "obter" ou "tentar obter" vantagem econômica indevida, caracterizando-se, dessa forma, pelo recebimento ou tentativa de recebimento dessa vantagem. Tal realidade – a equiparação entre a obtenção e a tentativa –, como veremos abaixo, torna a obtenção da vantagem econômica indevida um elemento subjetivo especial do tipo.

Da mesma forma que no delito de extorsão simples, o escopo do sujeito ativo é a obtenção de *indevida vantagem econômica*, elemento típico não presente no tipo penal comum correlato, trazido pelo art. 159 do Código Penal comum, que grafa a expressão "qualquer vantagem", não se restringindo apenas

à vantagem econômica. Aqui, diferentemente do CP, a vantagem tratada é econômica e indevida, ou seja, o agente, para a configuração do delito de extorsão mediante sequestro, deve obter (ou tentar obter) dinheiro, bem etc. ao qual não possui direito, que não lhe é devido. Caso a vantagem seja devida, estará afastada a hipótese de extorsão mediante sequestro, podendo estar presente o delito comum de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP – figura inexistente no CPM) e o de sequestro (art. 225 do CPM), em concurso de crimes, em que não haverá a regra de unicidade processual, já que um de competência da Justiça Comum e outro da Justiça Militar (cf. alínea *a* do art. 102 do CPPM).

Frise-se que a descrição típica contida no art. 244 do CPM é idêntica à constante no art. 170 do Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, do Código Penal comum de 1969, que foi revogado antes de sua entrada em vigor, levando a crer que, se esse diploma vingasse efetivamente, o delito de extorsão simples nos dois Códigos Penais (comum e militar) seria substancialmente igual.

O autor extorque a vítima pela imposição de uma violência específica, traduzida pela conduta de sequestrar uma pessoa – seja a titular do patrimônio visado, seja outra pessoa – buscando impor ao sujeito passivo que pratique ou tolere ato lesivo ao seu patrimônio (ou de terceiro), ou, ainda, que se abstenha de praticar ato favorável ao seu patrimônio (ou de terceiro).

O emprego da elementar *sequestro* deve ser compreendido em sentido lato, abrangendo tanto o sequestro como o cárcere privado. Nesse sentido, muito bem expõe Damásio de Jesus para o tipo correlato do vigente Código Penal comum, que possui a mesma elementar:

"Segundo entendemos, o legislador, no art. 159 do CP, empregou a expressão 'sequestro' em sentido amplo, abrangendo o cárcere privado. Em face disto, admitimos extorsão mediante sequestro *ou* cárcere privado. Caso contrário, se se entendesse apenas existir extorsão mediante sequestro, estaria o legislador punindo mais severamente fato menos grave: o cárcere privado constitui evento de maior gravidade que o sequestro"**[1597]**.

Ainda acerca da privação de liberdade (sequestro ou cárcere privado), deve-se verificar que o tempo de privação é elemento estranho ao tipo penal do *caput*, podendo ser "longo ou breve, indiferentemente, desde que tenha

idoneidade para produzir na vítima a certeza de que a supressão de sua liberdade não será passageira e está, no mínimo, condicionada à satisfação da exigência apresentada para o resgate. A elasticidade do tempo de privação de liberdade é circunstância que o legislador considerou para a dosagem da pena"**[1598]**. Essa concepção nos conduz à conclusão de que qualquer arrebatamento, ainda que momentâneo mas que incuta na vítima o temor de não ser libertada sem o pagamento, por exemplo, de quantia indevida em dinheiro, implica subsunção da conduta no crime militar de extorsão mediante sequestro, inclusive aquela prática que se popularizou como "sequestro relâmpago".

De notar que no Direito Penal comum, com a edição da Lei n. 11.923, de 17 de abril de 2009, que acrescentou o § 3º ao art. 158 do Código Penal, o "sequestro relâmpago" passou a ser uma forma qualificada de extorsão, com pena prevista de reclusão de seis a doze anos (além da multa), e não a figura da extorsão mediante sequestro do art. 159, cuja pena é de reclusão de oito a quinze anos. Como essa novel realidade não alcançou o CPM, entendemos ser adequada a subsunção dessa modalidade delituosa, em sendo crime militar por uma das alíneas do inciso II do art. 9º do CPM, no tipo penal do art. 244 do mesmo *Codex*. Assim, se um militar de serviço, e. g., arrebatar uma pessoa (civil), obrigando-a pela privação momentânea de liberdade a efetuar depósitos na sua conta corrente – o conhecido "sequestro relâmpago" –, estará configurado o delito de extorsão mediante sequestro. Arrimando nossa visão, tome-se o que entendia Cezar Roberto Bitencourt sobre a questão no Direito Penal comum, antes da Lei n. 11.923/2009:

"(...) Sustentamos que, nos casos popularmente conhecidos como 'sequestro relâmpago', cometidos diariamente nas principais capitais brasileiras, onde a vítima é colocada em porta-malas de veículos, pelas mãos de marginais perigosos, que percorrem horas a fio os mais variados bairros da cidade, ameaçando gravemente a vítima, exigindo-lhe (extorquindo) mais bens ou valores, às vezes as violentando sexualmente, e cujo resultado final é absolutamente imprevisível e completamente aleatório, *configura-se crime mais grave* que a simples majorante da restrição de liberdade da vítima. A moldura legal adequada para esse tipo de conduta, cujo resultado, mais ou menos grave, não passa de mero detalhe acidental ou circunstancial do evento, a nosso juízo, é

o art. 159 do Código Penal, ou seja, extorsão mediante sequestro. Esta, por ser mais grave, absorve o crime de roubo, afastando, consequentemente, o concurso com esse crime"**[1599]**.

Como acima consignado, por depender da prévia compreensão da extorsão simples, o sucesso da empreitada do sujeito ativo na extorsão mediante sequestro está direcionado à imposição de um comportamento comissivo ou omissivo à vítima pela violação da liberdade de uma pessoa. Assim, o sujeito ativo busca constranger o sujeito passivo a praticar ato lesivo ao seu patrimônio (ou de terceiro), a exemplo do pagamento de um resgate, ou a tolerar que se pratique ato lesivo do seu patrimônio (ou de terceiro), a exemplo do uso ou consumo de seus bens, ou ainda a omitir ato de interesse do seu patrimônio (ou de terceiro), por exemplo, um militar da ativa que constranja outro militar em situação de atividade a não arrematar um bem leiloado por preço interessante, o que representaria um ganho patrimonial à vítima, logrando ele próprio, o sujeito ativo, arrematar tal bem.

Também na extorsão mediante sequestro, a privação de liberdade para constranger alguém à prática de ato nulo, ainda que com o intuito de obtenção de vantagem econômica indevida, configurará hipótese de crime impossível, pela impropriedade absoluta do objeto. Entendemos, contudo, que poderá estar configurado o delito de cárcere privado ou sequestro (art. 225 do CPM).

O § 1º do art. 244 traz uma forma qualificada do delito consistente no fato de o sequestro durar mais de vinte e quatro horas, ou de o sequestrado ser menor de 16 ou maior de 60 anos, ou de o crime ser cometido por mais de duas pessoas, elevando a pena cominada no *caput*, que é de reclusão, de seis a quinze anos, para reclusão de oito a vinte anos.

Quando a vítima tiver a liberdade turbada por tempo superior a *vinte e quatro horas*, haverá forma qualificada de extorsão mediante sequestro, justificando-se a qualificadora em função do maior sofrimento imposto ao(s) sujeito(s) passivo(s). Essa qualificadora evidencia a hipótese de que a modalidade contida no *caput* do art. 244 não carece de um tempo definido de privação de liberdade; pode ser momentânea, como já sustentado.

No caso de a privação de liberdade ser imposta a alguém maior de 60 anos, o sofrimento imposto será muito maior, pela condição específica da vítima. Nem se diga, então, no caso de menor de 16 anos de idade, quando geralmente se trata de imposição de restrição de liberdade, pelo sujeito ativo, ao filho do titular do patrimônio que se quer atingir, portanto, em regra, uma situação em que haverá maior vulnerabilidade do sujeito passivo. Curioso notar que essa qualificadora no Código Penal comum (§ 1º do art. 159) estará presente quando a vítima for maior de 60 anos ou menor de 18, e não 16 anos de idade, como no CPM.

Finalmente, pelo § 1º do art. 244, a extorsão mediante sequestro estará qualificada quando cometida por duas ou mais pessoas – no Código Penal comum, frise-se, conforme dispõe o § 1º do art. 159, quando cometida por bando ou quadrilha. Basta aqui, como vimos defendendo em qualificadoras e causas especiais de aumento de pena de outros delitos, que apenas um dos agentes seja imputável para que a majorante seja reconhecida. Ademais, prescinde-se da presença física de todos os consortes no local do crime, podendo, muito bem, ser reconhecida a participação moral ou material a distância. Imprescindível, no entanto, que estejam presentes os requisitos exigidos para o concurso de pessoas, a saber, a pluralidade de condutas, a relevância causal dessas condutas, a identidade de fato e o liame subjetivo entre os agentes.

O § 2º do art. 244 do CPM, embora sob a rubrica de "forma qualificada", prevê uma causa especial de aumento de pena (majoração de 1/3) quando a vítima, em razão dos maus-tratos ou da natureza do sequestro, é submetida a grave sofrimento físico (mensurado pelo exame de corpo de delito) ou moral (mensurado por avaliação médica psicológica), sendo imprescindível o nexo causal do sofrimento com as condições impostas à vítima por ocasião do sequestro. Nos termos do art. 213 do CPM, deve-se lembrar que maus-tratos traduzem-se pela exposição da vida ou da saúde de alguém mediante *privação de alimentação* (seja em qualidade ou em quantidade) ou *cuidados indispensáveis*, como higiene, salubridade, remédio (eventualmente usados pela vítima), ou ainda, pela sujeição da vítima a *trabalhos excessivos* (p. ex., em condições físicas excessivas) ou *inadequados* (ao ser humano ou às condições pessoais da vítima)

etc. Mas o sofrimento físico ou moral também pode resultar das condições do próprio sequestro, por exemplo, a imposição de ameaças graves durante o sequestro que deixem a vítima em estado de medo extremado. Essa causa especial de aumento de pena diferencia-se do delito de tortura (frise-se que a Lei n. 9.455, de 7-4-1997, que trata deste delito, no inciso III do § 4º do art. 1º prevê a tortura mediante sequestro) em função do elemento subjetivo, visto que aqui a intenção do agente é a obtenção da vantagem econômica indevida, enquanto no crime de tortura o fim no emprego do sofrimento moral ou físico é diverso, podendo dar-se para obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, para provocar ação ou omissão de natureza criminosa, em razão de discriminação racial ou religiosa, ou ainda com o fito de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Esse sofrimento, por fim, pode ser causado ao titular do patrimônio visado ou a outra pessoa.

O § 3º do art. 244 comanda a aplicação também na extorsão mediante sequestro das causas especiais de aumento de pena previstas nos incisos V e VI do § 2º do art. 242 do mesmo diploma penal militar, ou seja, a pena será majorada de um terço até a metade quando for empregada violência (aqui o tipo penal se restringe à violência) e dela resultar lesão corporal grave (ou gravíssima) produzida dolosamente, ou quando resultar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis esse resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, podendo a lesão ou a morte culposa ocorrer na pessoa titular do patrimônio visado ou em terceiro.

Dispõe ainda esse parágrafo do art. 244 que a qualificadora do § 3º do art. 242 do mesmo Código é aplicada à extorsão mediante sequestro quando for empregada violência – mais uma vez afastando-se a ameaça – e dela resultar morte produzida dolosamente, aplicando-se a mesma pena do latrocínio, ou seja, reclusão de quinze a trinta anos, sendo irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumar-se e aplicando-se a regra do concurso em caso de mais de uma vítima. Aqui, também, é indiferente se a morte é provocada no titular do patrimônio visado ou em terceira pessoa.

O art. 247 do CPM prevê uma causa especial de aumento de pena para todos os crimes do Capítulo II do Título V, ou seja, o capítulo do roubo e da

extorsão, consistente no fato de a violência ser praticada contra superior, ou militar de serviço, majoração que não possui *quantum* definido pela Parte Especial, devendo-se empregar o disposto no art. 73 do CPM, aumentando-se a pena de um quinto e um terço.

Superior, na concepção que lhe dá o Código Penal Militar, compreende o superior hierárquico e o superior funcional, nos termos do art. 24 do CPM. No que concerne à majoração de militar de serviço, não haverá conflito com as causa majorantes, já que aquela constante do inciso IV do § 2º do art. 242 do CPM não se aplica a este crime, referindo-se, neste caso, a qualquer serviço, inclusive de natureza militar.

• **Elemento subjetivo:** o elemento subjetivo deste delito é o dolo, a vontade livre e consciente de obter da vítima vantagem econômica, mediante o sequestro. Na forma majorada do § 3º do art. 244, que comanda a aplicação do inciso VI do § 2º do art. 242 do mesmo diploma, encontramos modalidade preterdolosa.

Necessário lembrar que, embora a extorsão mediante sequestro no CPM se refira precedentemente ao crime de extorsão, este crime material no Código Penal Castrense, o fato de prever no *caput* do art. 244 a tentativa de extorsão como modalidade equiparada à efetiva extorsão, em certa medida, torna o delito aqui estudado muito próximo do seu correlato no vigente Código Penal comum, transformando a obtenção da vantagem econômica indevida em um elemento subjetivo especial do tipo.

• **Consumação:** embora se trate de delito patrimonial, a nosso ver a consumação está ligada à ofensa à liberdade da pessoa, porquanto, mesmo se tentada a extorsão – entenda-se, obtenção de vantagem econômica indevida, pela aplicação de constrangimento representado pela privação de liberdade –, haverá delito consumado, haja vista que o tipo penal grafa "extorquir" ou "tentar extorquir".

Nas formas qualificadas dos §§ 1º e 3º (*in fine*) do art. 244 do CPM, exige-se para a consumação a produção do resultado, comprovado por prova pericial.

Trata-se de crime permanente, significando dizer que enquanto não cessada a privação de liberdade, haverá estado de flagrância.

• **Tentativa:** como vimos acima, a consumação da extorsão mediante sequestro é centrada na privação da liberdade, e não na obtenção da vantagem econômica indevida, já que mesmo sendo esta tentada, o delito estará consumado.

Partindo dessa premissa, no que tange à lesão à liberdade, entendemos ser possível a tentativa. Lembre-se, como já consignado, que, embora a extorsão mediante sequestro no CPM se refira precedentemente ao crime de extorsão (crime material no CPM), o fato de prever no *caput* do art. 244 a tentativa de extorsão como modalidade equiparada à efetiva extorsão, em certa medida torna o delito aqui estudado muito próximo do seu correlato no vigente Código Penal comum, transfigurando a obtenção da vantagem econômica indevida em um elemento subjetivo especial do tipo, de sorte que a concepção pela consumação do delito em foco pode ser a mesma nos Códigos Penais comum e militar, valendo, nesse contexto, emprestar a visão de Damásio de Jesus acerca da possibilidade de tentativa no crime comum de extorsão mediante sequestro:

"A extorsão mediante sequestro se consuma nos mesmos termos do sequestro (art. 148). Assim, o momento consumativo ocorre com a privação de liberdade de locomoção da vítima, exigindo-se tempo juridicamente relevante. A tentativa é admissível ocorrendo quando o sujeito não consegue sequestrar a vítima, com a finalidade específica, por circunstâncias alheias à sua vontade. Ex.: o sujeito está colocando a vítima em seu automóvel, para o fim de extorquir dinheiro de seu parente, quando é interrompido por terceiro"**[1600]**.

Com base nessa visão, algumas possibilidades, *exemplificativas*, podem ser idealizadas:

a) sequestro tentado e não obtenção de vantagem econômica indevida que nem sequer foi tentada, mas provada a intenção do agente por outro meio (agenda, plano de ação etc.), afigurando-se no exemplo acima, trazido por Damásio de Jesus – extorsão mediante sequestro tentada.

b) sequestro tentado e obtenção de vantagem econômica indevida

consumada (ex.: coautores dividem tarefas e enquanto um grupo tenta o sequestro da filha da vítima em um lugar, sendo frustrado, outro grupo se antecipa e exige a vantagem pecuniária indevida, que é paga pela vítima sem conferir se a sua filha efetivamente está ou não sob o domínio do grupo) – extorsão mediante sequestro tentada;

c) sequestro consumado e não obtenção de vantagem econômica indevida – extorsão mediante sequestro consumada;

d) sequestro consumado e obtenção de vantagem econômica indevida consumada – extorsão mediante sequestro consumada.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** embora o delito militar de extorsão mediante sequestro possua descrição típica diferente daquela prevista no art. 159 do Código Penal, essa descrição (art. 244 do CPM) é idêntica à trazida pelo art. 170 do Código Penal comum de 1969 (Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969), revogado antes de sua entrada em vigor, valendo dizer que a intenção do legislador penal militar era reconhecer a identidade entre os tipos penais comum e militar, de sorte que para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime militar, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa.

Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2.4. Chantagem

• **Tipo legal**

Art. 245. Obter ou tentar obter de alguém, para si ou para outrem, indevida vantagem econômica, mediante a ameaça de revelar fato, cuja

divulgação pode lesar a sua reputação ou de pessoa que lhe seja particularmente cara:

Pena – reclusão, de três a dez anos.

Parágrafo único. Se a ameaça é de divulgação pela imprensa, radiodifusão ou televisão, a pena é agravada.

• **Objetividade jurídica:** o dispositivo em estudo tutela o patrimônio e a liberdade individual da pessoa, caracterizada pelo constrangimento aplicado sob a forma de ameaça de vilipêndio de sua reputação, constituindo um crime pluriofensivo.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1601]**.

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a pessoa atingida pela conduta, ou seja, a titular do patrimônio aviltado e ainda aquela que teve a sua reputação ameaçada, ainda que não a titular do patrimônio. Dessa forma, a sujeição passiva pode recair sobre uma ou mais pessoas.

• **Elementos objetivos:** não há no Código Penal comum em vigor tipo penal correlato ao delito de chantagem, porém, havia previsão similar no art. 171 do Código Penal de 1969, o Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, que, como já tantas vezes mencionado, foi revogado antes de entrar em vigor.

O núcleo da conduta do tipo penal militar em análise é “obter” ou “tentar obter”, que significa tentar alcançar uma vantagem do sujeito passivo, mediante a ameaça de exposição aviltante à reputação dele próprio ou de terceira pessoa.

Da mesma forma que nos delitos anteriores, o escopo do sujeito ativo é a obtenção de *indevida vantagem econômica*, ou seja, dinheiro, bem etc. ao qual não possui direito, não lhe é devido. Caso a vantagem seja devida, estará afastada a hipótese de chantagem, podendo estar presente o delito comum de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP, figura inexistente no CPM); caso a

vantagem não seja econômica, também estará afastada a hipótese de chantagem, podendo-se configurar outro delito, a exemplo do constrangimento ilegal (art. 222 do CPM).

O autor, para chegar à vantagem que almeja, usa como meio, como arma de coação, a ameaça de divulgar fato que pode macular a reputação da vítima ou de pessoa que lhe seja cara (familiar ou amigo próximo), por exemplo, a ameaça de divulgar o fato de que a pessoa (vítima ou terceiro) fora usuário de droga no passado.

Em verdade, o delito de chantagem configura-se em uma espécie de extorsão, contudo, com a utilização de uma ameaça específica, nem sempre grave, mas que pode macular a reputação de alguém (titular do patrimônio focado, ou pessoa a ele cara). Como vimos, na extorsão simples, a indevida vantagem econômica também é o objetivo do sujeito ativo, contudo, para obtê-la, utiliza-se da violência ou de uma grave ameaça, ou seja, uma promessa de mal futuro apta a causar o temor no sujeito passivo, consistindo em uma violência moral. Quando essa ameaça referir-se à revelação (dar conhecimento, mostrar, trazer à luz, descortinar etc.) de um fato maculador da reputação, ainda que não seja grave, estaremos diante de um delito militar de chantagem, e não de extorsão.

"Reputação", necessário lembrar, significa o conceito de que a pessoa goza em um determinado grupo humano, não sendo necessário, no entanto, que essa mácula ocorra, mas apenas que a revelação seja apta a causar a lesão. A efetiva lesão à reputação, eventualmente, pode configurar o delito de difamação (art. 215 do CPM), inclusive em concurso com o delito em estudo.

O parágrafo único do art. 245 do CPM contém uma causa especial de aumento de pena, segundo a qual a pena prevista para o delito, reclusão de três a dez anos, será majorada quando a ameaça for de divulgação pela imprensa, radiodifusão ou televisão, sendo possível entender que a divulgação pela imprensa abranja, inclusive, os modernos meios de comunicação, como a rede mundial de computadores, no caso de periódicos nela veiculados. Embora importante discutir o meio da ameaça, deve-se sempre lembrar que a efetiva revelação não necessita ocorrer. Como o dispositivo não menciona o *quantum* de

majoração, deve-se aplicar o disposto no art. 73 do CPM, aumentando-se a pena entre um quinto e um terço.

Por fim, frise-se que a majorante do art. 247 do CPM, que prevê uma causa especial de aumento de pena para os crimes do Capítulo II do Título V quando a violência for praticada contra superior, ou militar de serviço, não se aplica ao delito de chantagem, porquanto o meio de execução não é a violência, mas a ameaça de revelação de fato lesivo à reputação.

• **Elemento subjetivo:** o crime em estudo somente é praticado a título de dolo, ou seja, a intenção, a vontade livre e consciente de buscar a vantagem indevida usando como força de coação a possibilidade de divulgação de um fato que atinja a reputação do titular do patrimônio ou de pessoa a ele cara.

Há, ademais, um elemento subjetivo especial do tipo: praticando o agente a conduta com o fim de obter a vantagem econômica indevida para ele próprio ou para outra pessoa.

• **Consumação:** o delito se consuma com a obtenção ou a execução de qualquer ato no sentido de se efetivar a obtenção da vantagem econômica indevida, mediante a ameaça de revelação do fato lesivo à reputação.

Não é necessário, frise-se, a efetiva lesão à reputação, que só estará contida em uma ameaça pela revelação do fato. A efetiva lesão à reputação, eventualmente, pode, como já consignado, configurar o delito de difamação (art. 215 do CPM), inclusive em concurso com o delito em estudo.

• **Tentativa:** como a lesão à reputação não é exigida para a consumação do delito, deve-se focar a tentativa apenas na obtenção da vantagem indevida. Ocorre que, nos exatos termos do tipo em análise, a tentativa de obtenção é equiparada à efetiva obtenção, razão pela qual não há falar em possível forma tentada deste delito.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** embora o delito militar de chantagem não possua descrição típica no vigente Código Penal comum, sua descrição (art. 245 do CPM) é idêntica à trazida pelo art. 171 do Código Penal comum de 1969

(Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969), revogado antes de sua entrada em vigor, valendo dizer que a intenção do legislador penal militar era reconhecer a identidade entre os tipos penais comum e militar, de sorte que para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime militar, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa.

Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2.5. Extorsão indireta

• **Tipo legal**

Art. 246. Obter de alguém, como garantia de dívida, abusando de sua premente necessidade, documento que pode dar causa a procedimento penal contra o devedor ou contra terceiro:

Pena – reclusão, até três anos.

• **Objetividade jurídica:** Tutela-se, em primeiro plano, a liberdade individual do sujeito passivo, constrangido que será, diante de sua situação de penúria, a fornecer documento apto a iniciar procedimento criminal. Tutela-se, ademais, o patrimônio da pessoa constrangida, que poderá sofrer lesão futura sob a ameaça de início de procedimento criminal. Configura-se, dessa forma, crime pluriofensivo.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1602].

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a pessoa

atingida pela conduta, ou seja, a titular do patrimônio que poderá ser aviltado, e ainda aquela que potencialmente pode ter o procedimento penal contra si instaurado, ainda que não a titular do patrimônio. Dessa forma, a sujeição passiva pode recair sobre uma ou mais pessoas.

• **Elementos objetivos:** com tipificação aproximada no art. 160 do vigente Código Penal comum, o crime militar de extorsão indireta possui por conduta nuclear "obter", ou seja, ato de conseguir, de ter em mãos um documento específico, que possa ensejar procedimento criminal contra a pessoa. Esse verbo nuclear, frise-se, é identico ao contido no art. 172 do Código Penal comum de 1969 (Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969), revogado antes de entrar em vigor.

Esse documento, público ou particular, deve possuir, portanto, conteúdo que possa iniciar um procedimento criminal contra aquele que o lavrou, ou mesmo contra terceiro (confissão escrita, cheque sem fundo etc.), como permite o tipo penal, ainda que a mensagem veículada seja inverídica, bastando a potencialidade de instauração do procedimento, ou seja, que tenha um conteúdo criminalmente comprometedor**[1603]**. Em outros termos, a infração noticiada no documento poderá tratar-se de um fato existente sem autoria conhecida, com autoria atribuída a outra pessoa, ou mesmo um fato inexistente, fictício, já que o tipo penal militar se contenta com a mera potencialidade de instauração do procedimento.

A propósito do procedimento potencialmente instaurado, basta que se trate da mera inquisa em fase de polícia judiciária militar, visto que o tipo menciona "procedimento", e não "processo" criminal. Por óbvio, haja aptidão de instauração de processo, também estará preenchida a exigência típica, porquanto, como se sabe, no curso do processo existem os procedimentos adequados para a persecução da infração.

É elemento estranho ao tipo a natureza da infração penal, resumindo-se a procedimento criminal, que pode ser para apurar contravenção penal ou crime, não exigindo o tipo em estudo que se trate de crime militar, ao contrário do que fez, por exemplo, no delito de incitamento (art. 155 do CPM).

Exige-se que o sujeito ativo abuse de uma condição de necessidade

premente do sujeito passivo, só por isso obtendo o documento em garantia da dívida, ou seja, como forma de futura coação para que o devedor salde o valor devido. Como bem adverte Bitencourt:

"Não se trata de simples condição de devedor, mas sim de sua situação de penúria decorrente de suas dificuldades prementes, que deixam a vítima vulnerável. Nesse sentido, merece destaque a consideração que fazia Magalhães Noronha, *in verbis:* 'Denominou o Código esta figura *extorsão indireta*, e dentre os característicos que a distinguem cumpre apontar primeiramente o estado angustioso, de necessidade da vítima que, por ele coagida, resigna-se à entrega de garantia ilegal'. O agente não precisa ter concorrido para o estado aflitivo da vítima, sendo suficiente que se aproveite dessa situação"**[1604]**.

Por fim, frise-se que a majorante do **art. 247 do CPM**, que prevê uma causa especial de aumento de pena para os crimes do Capítulo II do Título V quando a violência for praticada contra superior, ou militar de serviço, não se aplica ao delito de extorsão indireta, já o meio de execução não é a violência.

• **Elemento subjetivo:** este delito só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de obter documento hábil à incriminação penal da vítima. Como o documento a ser conseguido tem finalidade específica, que é extorquir futuramente o envolvido, o dolo é específico (elemento subjetivo especial do tipo).

• **Consumação:** o delito se consuma com a obtenção do documento que pode incriminar a vítima, sendo indiferente que haja a efetiva lesão patrimonial futura.

De notar que o delito correspondente no vigente Código Penal comum possui duas formas nucleares ("exigir" ou "receber"), o que permite a idealização de crime material ("receber") e formal ("exigir"). Como dito acima, no entanto, o crime militar de extorsão indireta possui verbo nuclear distinto, idêntico àquele grafado no art. 172 do Código Penal de 1969, apenas com a modalidade "obter", exigindo-se a efetiva obtenção do documento para sua consumação.

• **Tentativa:** entendendo-se consumação como a efetiva obtenção do

documento “criminalmente comprometedor”, e não a lesão patrimonial, não exigida pelo tipo, o *iter* deste delito pode ser fracionado, admitindo-se, portanto, a tentativa.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** embora o delito militar de extorsão indireta possua descrição típica um pouco diversa da constante do art. 160 do vigente Código Penal comum, sua descrição (art. 245 do CPM) é idêntica àquela trazida pelo art. 172 do Código Penal comum de 1969 (Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969), revogado antes de sua entrada em vigor, valendo dizer que a intenção do legislador penal militar era a de reconhecer a identidade entre os tipos penais, comum e militar, de sorte que para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime militar, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa.

Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3. DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

3.1. Apropriação indébita simples

• **Tipo legal**

Art. 248. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção:

Pena – reclusão, até seis anos.

Agravação de pena

Parágrafo único. A pena é agravada, se o valor da coisa excede vinte vezes o maior salário mínimo, ou se o agente recebeu a coisa:

I – em depósito necessário;

II – em razão de ofício, emprego ou profissão.

O tipo penal trazido pelo art. 248 inaugura o terceiro capítulo do Título V do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar, que trata dos crimes contra o patrimônio, havendo neste capítulo o delito de apropriação indébita e algumas figuras derivadas.

• **Objetividade jurídica:** Tutela-se patrimônio, podendo este pertencer a uma pessoa natural ou jurídica, nesta com as mesmas restrições verificadas no crime de furto para a configuração do crime militar.

Entendemos que aqui também está atrelado à propriedade de um bem móvel, não se referindo à mera detenção ou à posse, o que nos parece evidente em função da característica de "alheia" que a coisa deve possuir, assim como defendemos no crime de furto, em que tratamos minuciosamente da distinção entre propriedade, posse e detenção, e para onde remetemos o leitor.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1605]**, sendo imprescindível que essa pessoa tenha a posse ou mera detenção legal da coisa móvel de propriedade alheia.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa (natural ou jurídica, nesta com as mesmas restrições verificadas para o crime de furto para a configuração do crime militar) atingida pela conduta, que na nossa compreensão estaria restrito ao proprietário da *res*. Contudo, há outras possibilidades doutrinárias a serem consideradas, a exemplo do que dispõe Hungria, para quem, se a coisa foi entregue por um titular de posse direta decorrente de direito real, como no caso de usufruto e do penhor, este também

poderá figurar como sujeito passivo, porquanto o direito real “gravita na órbita da propriedade”**[1606]**.

• **Elementos objetivos:** o tipo penal militar em estudo, com semelhante previsão no art. 168 do Código Penal comum, tem por núcleo “apropriar-se”, ou seja, assenhorar-se, colocar-se como dono, tomar para si, tomar como dono, que pode configurar-se com o ato intencional de ir além das possibilidades inerentes à posse ou detenção, caracterizando o *animus rem sibi habendi*, por exemplo, consumindo, dando, vendendo, desviando, destruindo ou negando-se a devolver a coisa ao seu proprietário.

Assim como no delito de furto, o objeto da conduta é coisa alheia móvel, mesmo porque se a coisa fosse do próprio agente não haveria lesão ao bem jurídico focado pela norma.

Essa coisa móvel alheia, no entanto, já deve estar legitimamente na posse ou detenção do agente, *desvigiada*, ou seja, a obtenção da posse ou detenção ocorre de forma anterior à apropriação, de maneira lícita e possuindo o agente uma liberdade sobre a coisa sem que haja o estrito controle. Nesse aspecto, Bento Faria, pela pena de Rogério Greco dispõe:

“(...) ‘a *preexistência da posse* do sujeito ativo é uma condição que constitui o *pressuposto de fato* do delito de apropriação indébita.

A coisa deve se achar com o agente, legalmente, *antes da apropriação*, isto é, sem subtração, fraude ou violência, pois se houvesse de recorrer a esses meios para obtê-la, ou a sua disponibilidade, praticaria delito diverso”**[1607]**.

Mais adiante, o mesmo autor sacramenta:

“Um dos pontos fundamentais ao reconhecimento do delito de apropriação indébita diz respeito à liberdade que o agente exerce sobre a coisa. Em muitas situações, pode o fato assemelhar-se ao delito de apropriação indébita, mas se consubstanciará em outra infração penal caso o agente não exerça sobre a coisa uma liberdade desvigiada”**[1608]**.

Ainda nessa linha, Mirabete:

“Pode-se afirmar, enfim, que a posse ou detenção, para gerar o delito de apropriação indébita, ‘deve revestir os seguintes requisitos: *tradição livre e consciente, origem legítima e disponibilidade da coisa pelo sujeito ativo’*. Observa Fragoso, acertadamente, que ‘a cessação da legitimidade da posse ou detenção não exclui o crime de apropriação indébita’.

A origem legítima da posse é, evidentemente, uma relação obrigacional, quer derive de contrato, testamento, de ordem da autoridade, quer de disposição legal. Os contratos que podem originá-la são o usufruto, a sociedade, a venda com reserva de domínio, a locação de coisas móveis, a parceria agrícola, o mandato, o penhor, a comissão mercantil, o transporte, a gestão de negócios etc. Não geram apropriação indébita, por transferirem também o domínio, a compra e venda pura e simples, a cessão de crédito, a doação, o mútuo de coisas fungíveis, a anticrese, a conta corrente etc.”**[1609]**.

Com efeito, caso a posse ou detenção seja obtida de forma fraudulenta ou por subtração, com ou sem emprego de violência, não ocorrerá hipótese de crime de apropriação indébita, mas outra infração penal militar, como o estelionato, o furto ou o roubo.

Nesse sentido, Bitencourt:

“Na *apropriação indébita*, ao contrário do crime de *furto* ou *estelionato*, o agente tem a posse lícita da coisa. Recebeu-a legitimamente; muda somente o *animus* que o liga à coisa. No entanto, se o agente a recebe de má-fé, mantendo em erro quem a *entrega*, pratica o crime de estelionato e não o de apropriação”**[1610]**.

Nessa linha, *vide* ainda decisão do Superior Tribunal Militar nos Embargos n. 2008.01.050804-3–DF, decidido em 16 de abril de 2009, sob relatoria do Ministro José Coêlho Ferreira:

“*EMENTA*: EMBARGOS INFRINGENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DE ESTELIONATO (ART. 251 DO CPM) PARA APROPRIAÇÃO INDÉBITA SIMPLES (ART. 248 DO CPM). IMPOSSIBILIDADE PELA TIPICIDADE DA CONDUTA.

I – A conduta materializada pelo uso de cartão bancário, após a morte do seu proprietário, para sucessivos saques de valores depositados a título de pensão previdenciária, bem como a omissão na comunicação do óbito à Administração Militar, são elementos suficientes para caracterizar a fraude e, consequentemente, o delito de estelionato tipificado no artigo 251 do Código Penal Militar.

II – In casu, afasta-se a incidência do artigo 248 do CPM (Apropriação Indébita), *pela ausência de posse lícita dos valores pecuniários*, anterior à materialização da fraude, induzindo a consequente impossibilidade de desclassificação do delito.

Embargos rejeitados – Decisão unânime". (g. n.)

Dessarte, comete o crime em estudo, por exemplo, o militar que, recebendo quantia em dinheiro de um colega, para emprego em específica empreitada, apropria-se do numerário como se fosse seu. Nesse sentido, *vide* no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais a Apelação Criminal n. 2.571 (Proc. n. 24.920, 1ª Auditoria), julgada em 12 de maio de 2009, relator o Juiz Jadir Silva:

"Configura-se o delito de apropriação indébita a conduta perpetrada por militar que, atuando como representante da turma de Aspirantes apossa-se de valores pagos pelos integrantes da referida comissão, aplicando-os em interesses particulares.

Figuram como sujeitos do polo passivo os integrantes da Turma de Aspirantes que tiveram os seus respectivos patrimônios atingidos pela conduta delitiva do agente.

Não há que se falar em nulidade de processo.

Recurso improvido".

Ainda no mesmo Tribunal, *vide* Apelação Criminal n. 1.976 (Proc. n. 12.624, 2ª Auditoria), julgada em 3 de setembro de 1996, relator o Juiz Cel. PM Jair Cançado Coutinho:

"Nenhum ato judicial será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo, mormente quando esta ausência de prejuízo é expressamente reconhecida pela defesa. Policial militar que recebe de companheiros seus dinheiro para compra de armas particulares e, ao contrário, deposita-o em sua conta bancária, utilizando-o em proveito próprio, sem ressarcimento das vítimas, comete, inquestionavelmente, o crime de apropriação indébita".

O parágrafo único do art. 248 do CPM prevê causas especiais de aumento de pena – na proporção trazida pelo art. 73 do mesmo diploma, na omissão da lei, ou seja, de um quinto a um terço – no caso de a coisa exceder vinte vezes o salário mínimo, ou ainda no caso de a coisa ter chegado ao autor em razão de depósito necessário ou em razão de ofício, emprego ou profissão.

No que concerne à causa de aumento de pena atrelada ao salário mínimo, novamente deve-se notar que a norma não menciona que a fixação desse salário deva ser feita pela União, mas, sim, que se deve tomar o maior salário mínimo, ainda que estabelecido por Unidade Federativa. Em regra, claro, essa fixação está se dando pela União, com normas que condicionam todo o País**[1611]**.

No Direito Civil, o depósito pode ser voluntário ou necessário. Embora entendam alguns que este último pode apresentar quatro subespécies (legal, judicial, miserável e inexo**[1612]**), costuma a doutrina penal considerar apenas duas espécies, a saber, a legal e a miserável, centrando a análise no disposto no art. 647 do Código Civil:

"Art. 647. É depósito necessário:

I – o que se faz em desempenho de obrigação legal;

II – o que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque".

Admite-se a majorante em foco apenas no depósito miserável, trazido pelo inciso II *supra*, justamente por uma necessidade de maior reprovação em face da situação de urgência em que o depósito se constitui. Nesse sentido, por todos, Bitencourt dispõe:

“O depósito pode ser *legal* ou *miserável*. É legal quando decorre de expressa previsão normativa, quando se pode escolher o depositário. Será miserável o depósito, por outro lado, quando feito em situações excepcionais, que reduzam, embora não anulem, a possibilidade de escolha do depositante (calamidade, como incêndio, inundação, naufrágio ou saque). O depósito necessário, disciplinado no inciso I do § 1º do art. 168**[1613]**, é apenas aquele conhecido como miserável, ou seja, levado pela necessidade de salvar a coisa da iminência de uma calamidade, ou como define o próprio Código Civil, ‘o que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque’ (art. 647). Está excluído, por conseguinte, o depósito legal”**[1614]**. Obviamente, se o militar figurar como depositário em razão de sua função, o ato de apropriação configurará o delito de peculato (art. 303 do CPM) e não de apropriação indébita.

Ainda nos termos do inciso II do parágrafo único, haverá causa especial de aumento de pena quando a apropriação decorrer do ofício – arte mecânica ou manual, com emprego de habilidade, a exemplo de artesão – emprego – ocupação que envolve atividade ou serviço, geralmente com a existência de subordinação, a exemplo do caixa de um estabelecimento – ou profissão – atividade desenvolvida por uma pessoa, com o fim de obtenção de lucro, a exemplo do advogado –, pouco aplicável ao militar da ativa, posto que, conforme já sustentado, para ele, se houver apropriação em decorrência de sua profissão, provavelmente estaremos diante de delito de peculato.

Malgrado nossa visão, é possível encontrar na jurisprudência casos em que, mesmo considerando a função militar como facilitadora da ação, houve caso de condenação por apropriação indébita, inclusive com a causa especial de aumento de pena, e não por peculato. Nesse sentido, *vide* no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo a Apelação Criminal n. 4.715/99 (Proc. n. 18.769/97, da 1ª Auditoria), julgada em 24-10-2002, sob relatoria do Juiz Paulo Prazak:

“APROPRIAÇÃO INDÉBITA. Veículo furtado localizado por policial militar. Devolução ao proprietário sem a maleta de ferramentas que o guarnecia, encontrada posteriormente no automóvel daquele. Argumentos defensivos

insubsistentes. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida".

No caso em espécie, note-se, o automóvel localizado estava sendo preservado pela guarnição de serviço, havendo a apropriação de uma maleta de ferramentas, na verdade uma subtração, o que nos parece mais próximo do delito de peculato-furto.

Ainda nessa linha, *vide*, no mesmo Tribunal, a Apelação Criminal n. 4.858/00 (Proc. n. 8.563/94, da 3ª Auditoria), julgada em 11 de março de 2004, sob relatoria do Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior:

"Consuma-se a apropriação indébita quando o agente policial militar, após obter a posse de coisa alheia móvel, sem violência e sem que tenha sido induzido a erro, dela se apropria como se dono fosse, com o firme propósito de não restituí-la, utilizando-se para tanto de meios ardilosos. A pena é agravada se a posse da 'res' é obtida em decorrência de profissão exercida pelo agente".

Também nesse caso, parece-nos equivocada a subsunção do fato no crime de apropriação indébita, porquanto a detenção da coisa móvel ocorreu em função da atividade policial militar, em atendimento de uma ocorrência de furto; mais adequado, a nosso ver, sustentar o delito de peculato, como no acertado julgado do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, Apelação Criminal n. 1.995 (Proc. n. 13.022, 2ª Auditoria), julgada em 12 de novembro de 1997, sob relatoria do Juiz Cel. PM Jair Cançado Coutinho:

"Peculato: comete o delito de peculato o militar que, em razão de seu ofício, recebe objetos furtados e desvia parte deles, não os entregando na totalidade à autoridade policial".

Importante observação, quanto à última causa de aumento de pena, nos traz Bitencourt, sustentando que somente "se configura qualquer das causas de aumento em exame se a conduta proibida for praticada em razão de ofício, emprego ou profissão, sendo insuficiente que exista objetivamente a qualidade ou condição do sujeito ativo. Em outros termos, é indispensável que a apropriação indébita se concretize por meio de ato característico de ofício, emprego ou profissão, já que, se não dermos uma interpretação restritiva a qualquer dessas agravantes, raras serão as hipóteses em que a apropriação indébita se

apresentará sem aumento de pena. (...)”[1615].

Por fim, o art. 250 do Código Penal Militar dispõe que devem ser aplicadas a este delito as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 240 do mesmo *Codex*. Em outras palavras, o legislador estendeu ao delito de apropriação indébita a causa especial de diminuição de pena e a “desclassificação” do crime para transgressão disciplinar – na verdade atipicidade da conduta, considerando-a como transgressão disciplinar – nos casos em que o réu for primário (sem condenação irrecorrível anterior) e a coisa for de pequeno valor, não superando um décimo do mais alto salário mínimo vigente, ou ainda ao réu primário (sem condenação irrecorrível anterior) que repara o dano ou devolve a *res* à vítima antes de instaurada a ação penal, ou seja, antes do recebimento da denúncia pelo juiz. Para mais detalhes sobre esses institutos, remetemos o leitor aos comentários aos §§ 1º e 2º do art. 240 do CPM.

• **Elemento subjetivo:** o crime de apropriação indébita somente pode ser praticado dolosamente, devendo o agente agir com *animus rem sibi habendi*, ou seja, atuar com a intenção, a vontade livre e consciente de se apropriar de coisa alheia móvel de que tem a posse ou detenção.

Necessário, no entanto, que o dolo surja em momento posterior à obtenção da posse ou detenção, sob pena, como já ressaltado, de configuração de outro delito, como o estelionato.

• **Consumação:** o delito de apropriação indébita se consuma quando o autor dispõe da coisa (dá, vende, destrói etc.) em dissenso com o dono ou lhe nega a devolução da *res*. Nessa linha, *vide*, do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, a Apelação Criminal n. 2.112 (Proc. n. 15.435, 1ª Auditoria), julgada em 6 de abril de 1999, relator o Juiz Cel. PM Paulo Duarte Pereira:

“O delito de apropriação indébita se consuma no ato de dispor o agente, como sua, da coisa alheia móvel de que detinha a posse”.

• **Tentativa:** embora haja dissonância doutrinária e difícil materialização, o crime de apropriação indébita admite tentativa. Nesse sentido, Rogério Greco aduz que, “embora exista controvérsia doutrinária, tratando-se,

como regra, de crime plurissubsistente, será perfeitamente admissível o raciocínio corres-pondente à tentativa”[1616].

Poderíamos citar como exemplo o autor que empreende todos os preparativos para vender a coisa de que é possuidor mas é surpreendido instantes antes da tradição dela, ou então o militar do Estado que organiza um *tanomoshi* (“consórcio de dinheiro”) e, após receber cheques dos participantes, muda seu intento, depositando as cártulas na sua conta corrente em vez de entregá-las ao contemplado, não havendo, no entanto, compensação dos cheques em função de seus emitentes os terem sustado.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** embora o delito militar de apropriação indébita possua descrição de seu parágrafo único um pouco diversa daquela constante no § 1º do art. 168 do vigente Código Penal comum, sua descrição (art. 248 do CPM) é substancialmente igual ao tipo penal comum supracitado, bem como ao tipo penal da apropriação indébita trazida pelo art. 180 do Código Penal comum de 1969 (Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969), revogado antes de sua entrada em vigor, apenas não havendo a causa especial de aumento de pena em função da prática do delito na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro etc., de sorte que para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime militar, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa.

Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3.2. Apropriação de coisa havida acidentalmente

• **Tipo legal**

Art. 249. Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:

Pena – detenção, até um ano.

Apropriação de coisa achada

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor, ou de entregá-la à autoridade competente, dentro do prazo de quinze dias.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em comento, a exemplo do anterior, também se tutela o patrimônio, atrelado à propriedade de um bem móvel.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1617]**, sendo imprescindível que essa pessoa tenha a posse ou mera detenção por um equívoco ou em função de ter encontrado (achado) a coisa.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa (natural ou jurídica) atingida pela conduta, restrito também, em nossa visão, ao proprietário da *res*.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta no tipo penal em estudo, semelhante ao art. 169 do atual Código Penal e ao art. 181 do Código Penal de 1969, revogado antes de sua entrada em vigor, é "apropriar-se", ou seja, assenhorar-se, colocar-se como dono de coisa alheia havida por erro, caso fortuito ou força da natureza.

Embora o tipo penal não diga expressamente, a coisa alheia tratada é móvel, e não imóvel, visto que esta não pode ser perdida, encaminhada por erro etc., valendo aqui os mesmos comentários consignados aos tipos penais anteriores.

O autor, como vimos, apropria-se de objeto que veio a seu poder por

erro, caso fortuito ou força da natureza, não importando qual dessas condições esteja presente, bastando a verificação de apenas uma delas.

Erro, como se pode denotar, trata-se de um equívoco, ou seja, a coisa não deveria estar na posse do agente, somente se encontrando nessa situação por força do equívoco ocorrido. Fundamental que o agente receba a coisa sem que tenha utilizado de ardil ou engodo, sob pena de configuração de outro delito, a exemplo do estelionato. Esse erro poderá ser verificado em três situações:

a) quanto à pessoa – por exemplo, um soldado da Polícia Militar que recebe, via serviço postal, um objeto comprado por outro soldado da mesma Instituição, seu homônimo, apropriando-se do objeto;

b) quanto ao objeto – por exemplo, um sargento do Exército Brasileiro, filatelista, que adquire de outro militar da ativa, também colecionador de selos, a réplica de um famoso selo, sabendo dessa condição de não originalidade, sendo-lhe, no entanto, entregue o selo original, do qual se apropria;

c) quanto à obrigação – por exemplo, um capitão do Corpo de Bombeiros, numismata, adquire uma moeda rara de outro oficial de sua Instituição, acertando determinado valor que foi pago no ato da tradição; passados alguns meses, esquecendo-se de que já havia quitado a dívida, novamente efetua o pagamento, sendo o numerário aceito pelo vendedor, que dele se apropria.

Caso fortuito ou força da natureza são expressões que se equivalem, pois ambas não são domináveis pela vontade humana. São exemplos dessa situação o militar que se apropria de objeto, pertencente a outro militar, trazido à sua residência por seu cão de estimação, sem, é claro, ter sido fruto de adestramento nesse sentido (caso fortuito, na acepção trazida pelo tipo penal), ou o militar que se apodera de um bem móvel, pertencente a outro militar da ativa, que lhe tenha chegado às mãos em razão de uma enchente ou ciclone extratropical (força da natureza).

O parágrafo único do art. 249 do CPM traz uma forma assimilada àquela trazida pelo *caput*, tratando-se da apropriação, total ou parcial, de coisa alheia móvel achada, não a restituindo no prazo de quinze dias.

Obviamente, a coisa encontrada deve estar perdida por seu proprietário, situação que poderá ser demonstrada pelas circunstâncias do evento que impeçam a confusão com a coisa abandonada (*res derelicta*) ou não pertencente a alguém (*res nullius*) . *In exemplis*, é pouco provável que joias encontradas tenham sido abandonadas por seu proprietário, ao passo que já muito provável a situação de abandono de um par de sapatos usados deixados na porta de uma residência de alto padrão.

Também não se pode ter como iguais os efeitos da apropriação de coisa perdida e coisa esquecida. Nesse sentido postula Rogério Greco:

"(...) Merece ser levada a efeito a distinção entre *coisa perdida* e *coisa esquecida*, pois que *coisa perdida* é aquela que seu dono ou possuidor não sabe onde efetivamente se encontra, e *coisa esquecida* é aquela que, temporariamente, foi esquecida em algum lugar conhecido por seu dono ou possuidor. Bento de Faria esclarece que 'coisas perdidas são as que se encontram em lugar público ou de uso público, em condições tais que façam presumir, fundadamente, seu extravio'.

É de extrema importância à configuração do delito em exame que a coisa seja *perdida* (*res deperdita*), e não esquecida ou mesmo deixada voluntariamente em algum lugar pela própria vítima. É que, nesses últimos casos, se o agente que as encontra resolve tê-las para si, o delito praticado será o de furto, e não o de apropriação de coisa achada"**[1618]**.

Sempre é bom lembrar que o Código Civil trata expressamente do pagamento de recompensa àquele que restitui a coisa achada, dispondo no art. 1.233 que "quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor". O artigo subsequente (art. 1.234) consigna que "aquele que restituir a coisa achada, nos termos do artigo antecedente, terá direito a uma recompensa não inferior a cinco por cento do seu valor, e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la".

Dessa forma, percebe-se que a devolução da coisa achada é uma obrigação do descobridor, que terá, por sua vez, um direito a recompensa não

inferior a cinco por cento do valor da coisa achada. Todavia, deve-se lembrar que a restituição da coisa não está condicionada ao pagamento da recompensa, sob pena de aquele que exigir o pagamento de recompensa para a restituição responder por delito mais grave, como o de extorsão (art. 243 do CPM). A questão da recompensa, se não resolvida de imediato, deve ser discutida no juízo cível.

O parágrafo único do art. 1.233 do Código Civil dispõe que não conhecendo o dono ou o possuidor, o descobridor fará por encontrá-lo, e, se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente.

No Código de Processo Civil, esse procedimento de devolução é mais bem esmiuçado, tratando das coisas vagas. Inicia a disciplina no art. 1.170, dispondo que aquele que achar coisa alheia perdida, não Ihe conhecendo o dono ou legítimo possuidor, a entregará à autoridade judiciária ou policial, que a arrecadará, mandando lavrar o respectivo auto, dele constando a sua descrição e as declarações do inventor. A coisa, com o auto, será logo remetida ao juiz competente, quando a entrega tiver sido feita à autoridade policial ou a outro juiz.

Depositada a coisa, dispõe o art. 1.171 do CPC, o juiz mandará publicar edital, por duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de dez dias, para que o dono ou legítimo possuidor a reclame. Comparecendo o dono ou o legítimo possuidor dentro do prazo do edital e provando o seu direito, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público e o representante da Fazenda Pública, mandará entregar-lhe a coisa.

Se a coisa não for reclamada, será avaliada e alienada em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas e a recompensa do inventor, o saldo pertencerá, na forma da lei, à União, ao Estado ou ao Distrito Federal.

Caso o dono prefira abandonar a coisa, poderá o inventor requerer que lhe seja adjudicada.

O art. 1.176 do CPC dispõe que, havendo fundada suspeita de que a coisa foi criminosamente subtraída, a autoridade policial converterá a arrecadação em inquérito; caso em que competirá ao juiz criminal mandar entregar a coisa a quem provar que é o dono ou legítimo possuidor.

Dos dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil acima mencionados, pode-se ter, em resumo, que a devolução de coisa achada é uma obrigação do descobridor/inventor, fixando a lei penal militar o prazo de quinze dias para essa devolução, sob pena de, ao final desse prazo, haver a configuração do crime militar capitulado no parágrafo único do art. 249 do CPM.

Nessa obrigatória restituição, o descobridor/possuidor, conhecendo o dono ou possuidor, terá direito a uma recompensa não inferior a 5% do valor da coisa, que, caso não seja resolvida no momento da devolução, ensejará discussão, por exemplo, a depender de seu valor, no Juizado Especial Cível.

Ocorre que é possível que o descobridor/possuidor não conheça o dono ou possuidor e, nos quinze dias de prazo da lei penal militar, não consiga conhecê-lo, apesar de seus esforços. Nesse caso, deverá proceder à entrega da coisa a uma autoridade judiciária ou policial. Neste ponto, entende-se como autoridade policial não só o delegado de polícia, mas, em especial, em lugar sob a administração militar, a autoridade de polícia judiciária militar.

A partir da entrega, deverão ser seguidos os demais dispositivos supracitados do CPC, inclusive com a possibilidade de hasta pública com destinação do valor da recompensa em favor do descobridor/inventor, e a possível instauração de inquérito policial militar, se for o caso, quando houver a suspeita de precedente prática de ilícito penal militar tendo a coisa achada por objeto ou instrumento.

Por fim, o **art. 250 do Código Penal Militar** dispõe que devem ser aplicadas a este delito as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 240 do mesmo *Codex*. Em outras palavras, o legislador estendeu ao delito de apropriação indébita de coisa havida por erro ou achada a causa especial de diminuição de pena e a "desclassificação" do crime para transgressão disciplinar – na verdade atipicidade da conduta, considerando-a como transgressão disciplinar – nos casos em que o réu for primário (sem condenação irrecorrível anterior) e a coisa for de pequeno valor, não superando um décimo do mais alto salário mínimo vigente, ou ainda ao réu primário (sem condenação irrecorrível anterior) que repara o dano ou devolve a *res* à vítima antes de instaurada a ação penal, ou seja, antes do recebimento da denúncia pelo juiz. Para mais detalhes sobre esses

institutos, remetemos o leitor aos comentários aos §§ 1º e 2º do art. 240 do CPM.

• **Elemento subjetivo:** em todas as formas acima descritas, o delito do art. 249 do CPM somente admite a modalidade dolosa, ou seja, a intenção, a vontade livre e consciente de se apropriar de coisa alheia móvel que lhe veio por erro, caso fortuito, força maior ou que encontrou.

Dessa forma, imprescindível que o agente, em todos os casos, saiba que a coisa não lhe pertence, que o numerário não lhe é devido, que não se trata de *res derelicta* ou *res nullius* etc.

• **Consumação:** na modalidade descrita no *caput*, o crime estará consumado quando o autor dispuser da coisa (der, vender, destruir etc.) em dissenso com a vontade do proprietário, ou, ainda, quando o autor negar a devolução da *res*.

No caso da modalidade definida no parágrafo único, consuma-se o crime apenas após o decurso do prazo de quinze dias sem que o autor restitua a coisa ao seu proprietário, não havendo falar em consumação antes desse prazo, mesmo que o autor já tenha o ânimo de não restituir a coisa.

Em ambos os casos, há o entendimento de que é crime cuja consumação se protrai no tempo, ou seja, crime permanente. Nesse sentido, o *Habeas Corpus* n. 15.403/SP (STJ, 5ª Turma, j. em 24-9-2001, rel. Min. Gilson Dipp):

"CRIMINAL. HC. APROPRIAÇÃO DE COISA HAVIDA POR ERRO. PRESCRIÇÃO. CRIME PERMANENTE. MOMENTO CONSUMATIVO DO DELITO. PRESCRIÇÃO DA PENA *IN ABSTRACTO*. CONSIDERAÇÃO DO MÁXIMO COMINADO AO DELITO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. IMPROPRIEDADE DO *WRIT* PARA APROFUNDADO EXAME DA ALEGADA INEXISTÊNCIA DO DELITO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE ERRO E DA NÃO CONSUMAÇÃO DO DELITO. PAGAMENTO POSTERIOR. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA. *Tratando-se de crime*

permanente, eis que a sua consumação se prolonga no tempo, tem-se que o prazo prescricional inicia-se na data da cessação da indevida apropriação da coisa havida por erro. Não transcorrido o prazo de 4 anos entre nenhum dos marcos legais interruptivos previstos em lei, em feito cujo delito tem pena máxima prevista em 1 ano, é imprópria a alegação de ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pena *in abstracto*. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas *in casu*. É imprópria a alegação de ausência de justa causa se a impetração não logra demonstrar a ausência de dolo na conduta do paciente, nem a inocorrência de erro por parte da empresa-vítima. O *writ* não se presta para o trancamento de feito por falta de justa causa, se, para análise da alegação, é necessário aprofundado exame acerca da atipicidade. Ordem denegada". (g. n.)

• **Tentativa:** na forma trazida pelo *caput*, admite-se a tentativa, embora difícil seja sua materialização. Como exemplo, tome-se o militar da ativa que recebe um cheque de outro militar da ativa, destinado a um terceiro, também militar em situação de atividade, homônimo do primeiro, e o deposita em sua conta corrente, não havendo a compensação pelo fato de o emitente ter sustado o cheque.

Por outro lado, no caso da modalidade do parágrafo único, entende-se inadmissível a tentativa, porquanto, até que haja o curso dos quinze dias em que a devolução da coisa deve ser feita, não há falar em cometimento do delito nem sob a forma tentada. Em outras letras, "mesmo tendo resolvido psiquicamente não devolver a coisa achada, mas se ainda estiver no prazo legal, se for descoberto o agente, o fato será atípico; ao contrário, se, agindo com *animus* de se apropriar da coisa achada, deixar ultrapassar o prazo de 15 dias, o delito já estará consumado"[1619].

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** embora o delito militar de apropriação indébita de coisa achada possua descrição de seu parágrafo único um pouco diversa

daquela constante no parágrafo único do art. 169 do vigente Código Penal comum, sua descrição (art. 249 do CPM) é substancialmente igual ao tipo penal comum supracitado, bem como ao tipo penal da apropriação indébita trazido pelo art. 181 do Código Penal comum de 1969 (Dec.-lei n. 1.004, de 21-10-1969), revogado antes de sua entrada em vigor, apenas não havendo a modalidade de apropriação de tesouro, de sorte que para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime militar, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa.

Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

4. DO ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES

4.1. Estelionato

• **Tipo legal**

Art. 251. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de dois a sete anos.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

Disposição de coisa alheia como própria

I – vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia,

coisa alheia como própria;

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II – vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

Defraudação de penhor

III – defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

Fraude na entrega de coisa

IV – defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que entrega a adquirente;

Fraude no pagamento de cheque

V – defrauda de qualquer modo o pagamento de cheque que emitiu a favor de alguém.

§ 2º Os crimes previstos nos n. I a V do parágrafo anterior são considerados militares somente nos casos do art. 9º, n. II, letras a *e* e .

Agravação de pena

§ 3º A pena é agravada, se o crime é cometido em detrimento da administração militar.

O tipo penal trazido pelo art. 251 inaugura o quarto capítulo do Título V do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar, que trata dos crimes contra o patrimônio, havendo neste capítulo o delito de estelionato, com suas formas similares, e o de abuso de pessoa.

• **Objetividade jurídica:** o objeto jurídico tutelado neste tipo penal militar é o patrimônio, buscando evitar sua violação com o emprego de fraude.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito no tipo penal do *caput* do

art. 251 pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1620]**. Muito corrente, para exemplificar a perpetração da figura do *caput* por civil na esfera federal, o estelionato praticado em função da percepção indevida de pensão, a exemplo do caso apreciado na Apelação n. 2009.01.051486-4/RJ, julgada em 18 de novembro de 2009, sob relatoria do Ministro Olympio Pereira da Silva Junior:

"APELAÇÃO. ESTELIONATO. PENSIONISTA. Civil, divorciada de militar reformado desde 08/06/2000, embora sabedora de sua condição de divorciada, requereu junto à administração militar concessão da pensão, na condição de beneficiária viúva. Para tanto, em 24/11/2004 declarou falsamente a condição de viúva do pensionista falecido em 29 de setembro de 2004. No período compreendido entre julho de 2005 a setembro de 2007, obteve vantagem ilícita em prejuízo da administração do Exército. Comprovadas autoria e materialidade. Negado provimento ao Apelo. Decisão unânime".

Já no caso dos incisos I a V do § 1º do art. 251, por força do § 2º do mesmo artigo, somente haverá crime militar se o sujeito ativo for militar da ativa, praticando o delito contra outro militar da ativa ou contra o patrimônio sob administração militar (art. 9º, II, *a* e *e*, do CPM).

Outras restrições devem ser observadas sobre o sujeito ativo, como no caso do inciso II do § 1º do art. 251, que, além de ser militar da ativa, como acima consignado, deve ser o dono da coisa, impedido, no entanto, de aliená-la por força de lei, contrato ou testamento. No caso do inciso III do § 1º do art. 251, além de ser militar da ativa, o sujeito ativo deve ser o dono do objeto empenhado, do qual tenha a posse, apesar do penhor. O sujeito ativo na modalidade prevista no inciso IV do § 1º do art. 251, além de ser militar da ativa, deve ser alguém que tenha a obrigação jurídica de entregar a coisa. Por fim, no caso do inciso V do § 1º do art. 251, além de ser militar da ativa, o sujeito ativo deve ser o emitente do (próprio) cheque.

O sujeito passivo no caso do tipo penal do *caput* do artigo em estudo,

titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa (natural ou jurídica) que experimenta o prejuízo, bem como aquela enganada pela fraude, que foi incidida em erro ou nele mantida. Nesse sentido, frisa Bitencourt: "deve-se destacar que pode haver dois 'sujeitos passivos', quando, por exemplo, a pessoa enganada for diversa da que sofre o prejuízo (o empregado sofre o golpe (fraude) do agente, mas quem suporta o prejuízo da ação é o empregador)"**[1621]**. Nesse sentido, *vide* ainda o *Habeas Corpus* n. 84.735/PR (STF, 2ª Turma, j. em 17-5-2005, rel. Min. Eros Grau), em que se decidiu:

"PENSÃO RECEBIDA APÓS O FALECIMENTO DA PENSIONISTA. RECURSOS SOB A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ESTELIONATO. SUJEITO PASSIVO. Estelionato praticado por pessoa que, mediante assinatura falsa, se fez passar por pensionista falecida para continuar recebendo os proventos de pensão militar depositados no Banco do Brasil. Recursos sob a administração militar. Competência da Justiça Militar para processar e julgar a respectiva ação penal (artigo 9º, III, 'a', do Código Penal Militar). *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o sujeito passivo, no crime de estelionato, tanto pode ser a pessoa enganada quanto a prejudicada, ainda que uma seja ente público*. Ordem denegada". (g. n.)

Deve-se ter a cautela, na análise deste delito, em face da alínea *b* do inciso II do art. 9º do CPM, de verificar sempre o sujeito passivo do fato, porquanto o enquadramento nesta alínea depende da prática do delito contra civil ou militar inativo (afastando-se, por nossa premissa, o assemelhado). Assim, mesmo um fato ocorrido no interior do quartel, por não ter tais pessoas por sujeito passivo, não poderá ser enquadrado no dispositivo em estudo, e, se não encontrar enquadramento em outra alínea, não se tratará de crime militar. Um bom exemplo desta possibilidade está no já citado Feito n. 31647/02, da 2ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, em que dois militares estaduais, cadetes, foram acusados da prática de estelionato em desfavor da cantina instalada no interior do quartel da Academia de Polícia Militar do Barro Branco, mantida pelo Diretório Acadêmico dos cadetes. O Representante do Ministério Público (fl. 276 do capeado), ao nosso ver com muito acerto,

promoveu a remessa dos autos à Justiça Comum, pois, embora a cantina e o Diretório Acadêmico se encontrassem no interior de um quartel, o sujeito passivo do delito patrimonial não era civil, reformado ou militar da reserva, e sim o Diretório Acadêmico, pessoa jurídica de direito privado, excluindo-se a incidência da alínea *b* do inciso II do art. 9º do CPM. Remetidos à Justiça Comum, o fato foi processado como delito comum, nos autos do Processo n. 001.02.011399-5/00, na 24ª Vara Criminal do Fórum Central Criminal da Comarca de São Paulo.

No caso dos incisos do § 1º do art. 251, o sujeito passivo deve ser militar da ativa ou a Administração Militar, por força do disposto no já citado § 2º do mesmo artigo. Ainda no que se refere a esses incisos, deve-se verificar que no inciso I o sujeito passivo deve, ainda, ser o comprador de boa-fé ou o proprietário da coisa, já que se dispõe de coisa alheia como própria; no inciso II, o sujeito passivo deve ser aquele que adquiriu a coisa gravada de ônus ou o promitente comprador; pelo disposto no inciso III, o sujeito passivo deve ser credor pignoratício; no inciso IV, o sujeito passivo deve, ainda, ser o destinatário da coisa, que tem direito de recebê-la; finalmente, no inciso V, o sujeito passivo deve ser o beneficiário do cheque.

Frise-se, por derradeiro em relação ao sujeito passivo, que não podem figurar nessa condição pelo emprego da fraude, as pessoas que não tenham capacidade de discernimento, como as crianças e os portadores de doenças mentais que suprimam tal capacidade, havendo impropriedade absoluta do objeto do erro descrito na figura típica. Eventualmente, nesses casos, poderá ocorrer o crime previsto no art. 252 do CPM.

• **Elementos objetivos:** deve-se, em primeiro plano, analisar a figura-base do delito grafado no *caput* do art. 251, com semelhante descrição típica no art. 171 do Código Penal comum, cujo *nomen juris* origina-se da palavra *stellio*, que significa camaleão.

O núcleo da conduta na figura do *caput* é “obter”, ou seja, alcançar, conseguir vantagem ilícita, induzindo ou mantendo alguém em erro, pelo emprego de meio fraudulento, causando prejuízo alheio.

Induzir alguém em erro significa incutir, gerar no sujeito passivo o comportamento desejado, pela crença em uma realidade inexistente, apenas ocorrida na mente da pessoa induzida. Gera o sujeito ativo, em outras palavras, uma falsa compreensão da realidade na cabeça do sujeito passivo, que passa a comportar-se da forma como queria o autor. É possível, ademais, que o sujeito passivo já esteja com uma falsa compreensão da realidade, que é mantida pelo agente pela sua conduta fraudulenta, configurando-se a modalidade "mantendo alguém em erro", prevista no tipo em estudo.

Mesmo nesta segunda possibilidade – manter a vítima em erro –, destaque-se, há o entendimento, do qual discordamos, de que o comportamento do sujeito ativo deva ser comissivo, fazendo algo que mantenha a vítima no equívoco em que se encontrava**[1622]**. Parece mais acertada, no entanto, a visão de que é possível a manutenção em erro, caracterizadora da fraude, por conduta omissiva. Nesse sentido, a Apelação n. 2009.01.051358-2/PE, julgada em 3 de dezembro de 2009, sob relatoria do Ministro Francisco José da Silva Fernandes:

"Apelação. Estelionato (CPM, art. 251). Condutas delituosas das Acusadas ao sacarem indevidamente numerários relativos a pensão creditados após o óbito da pensionista, com a utilização de cartão e senha bancária da falecida, além de procuração outorgada que não lhes autorizava representar a pensionista enquanto morta. *Fraude baseada no silêncio malicioso, deixando de comunicar o óbito da pensionista ao Serviço de Inativos e Pensionistas do Exército, para obter vantagem ilícita em detrimento da Administração Militar*. Elementos e provas obtidas em inquérito, sem qualquer vício, que se harmonizam e convergem com os demais constantes dos autos. Impossibilidade de desclassificação para o delito de apropriação indébita, eis que as rés não tinham posse ou detenção dos valores ilicitamente obtidos e a fraude foi anterior à obtenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão unânime".

A geração da conduta eivada pelo erro ou sua manutenção, ademais, devem ser calcadas em um ardil, artifício, ou qualquer outro meio fraudulento, capazes de enganar, ou seja, não podem ser grosseiros, sob pena da hipótese de crime impossível. Nos dizeres precisos de Guilherme Nucci, os métodos, então, são "artifício (astúcia ou esperteza), ardil (também é artifício ou esperteza, embora na forma de *armadilha*, cilada ou estratagema) ou outro meio

fraudulento (trata-se de interpretação analógica, ou seja, após ter mencionado duas modalidades de meios enganosos, o tipo penal faz referência a qualquer outro semelhante ao artifício e ao ardil, que possa, igualmente, ludibriar a vítima). A utilização de *meios grosseiros de engodo* não configura o crime, pois é exigível que o artifício, ardil ou outro meio fraudulento seja apto a ludibriar alguém (...)”**[1623]**.

A indução ou manutenção do erro, deve-se frisar, é a causa da obtenção da vantagem, estabelecendo-se, assim, a primeira relação de causalidade exigida pelo tipo: a fraude praticada pelo autor causando o erro da vítima ou fomentando que esta continue em erro.

O delito em estudo, todavia, possui uma outra relação causal a ser preenchida, consagrando-se uma dupla relação de causalidade, sem o que o delito não se verificará (ou se verificará, em alguns casos, sob a forma tentada). Referimo-nos à obtenção de vantagem indevida gerando prejuízo alheio (que pode ser a própria pessoa induzida ou mantida em erro ou um terceiro), em função do erro consequente do ardil. Nesse sentido, Bitencourt argumenta:

“A *duplicidade do nexo causal* está representada por dupla relação de causa e efeito; num primeiro momento, funciona a fraude como *causa*, e o engano decorrente do ardil, como *efeito*; no momento subsequente, o erro consequente do engano, como causa, e a obtenção da vantagem indevida e o dano patrimonial correspondente (esses dois representando a segunda duplicidade). Trata-se, com efeito, de crime de resultado duplo, uma vez que para se consumar exige a obtenção de uma vantagem ilícita, de um lado, e a ocorrência de um prejuízo efetivo para a vítima, de outro. A ausência de qualquer desses resultados descaracteriza o estelionato consumado, restando, em princípio, a figura da tentativa”**[1624]**.

Discute-se, com efeito, em qual relação causal deve estar presente no polo passivo o outro militar da ativa, para que se reconheça a caracterização do fato como crime militar em função do disposto na alínea *a* do inciso II do art. 9º do CPM. Em outras palavras, a figura do *caput* do art. 251 – assim como aquelas previstas no § 1º, que veremos adiante –, caracterizam-se como delitos

militares em razão da prática por militar da ativa contra militar da ativa, donde surge a questão se a compreensão do elemento “contra” estaria satisfeita com o militar da ativa sendo afetado pelo erro gerado ou mantido pelo engodo do criado pelo sujeito ativo, ou sofrendo o prejuízo alheio. Como defendemos acima, no delito de estelionato a sujeição passiva recairá tanto sobre aquele vitimado pela fraude como sobre aquele que sofrer o prejuízo, de sorte que o elemento “contra” poderá ser verificado quando o militar da ativa for vítima da fraude ou do dano patrimonial. Assim, haverá estelionato, crime militar, por exemplo, no caso de militar da ativa da Marinha que subtrai folhas de talão de cheques de outro militar da ativa, falsificando as assinaturas e depositando os cheques em sua conta, os quais foram compensados, frisando-se que o prejuízo foi verificado contra militar da ativa (o que teve as folhas de cheque subtraídas e sofreu o prejuízo com a compensação), como reconhecido no *Habeas Corpus* n. 86.867/PA, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 7 de novembro de 2006, sob relatoria do Ministro Cezar Peluso:

“COMPETÊNCIA CRIMINAL. Estelionato. Crime cometido por militar da ativa em dano doutro militar na mesma situação, no interior de depósito naval. Causa da competência da Justiça Militar. HC denegado. Aplicação do art. 9º, II, *a*, do Código Penal Militar. É da competência da Justiça Militar julgar ação penal por delito de estelionato cometido por militar da ativa em dano doutro militar em igual situação, dentro de unidade militar”.

Ainda nesse aspecto, *vide* a Apelação Criminal n. 5.480 (Proc. n. 39.188/04, 4ª Auditoria, TJMSP, j. em 18-12-2007, rel. Juiz Paulo Prazak):

“Policial Militar agindo ardilosamente abusa da justificada confiança de colega de alojamento, subtraindo deste cártulas do talonário de cheque, com o fito de auferir vantagem indevida. Provas carreadas aos autos denotam o emprego de meio fraudulento e efetivo dano patrimonial à vítima. Constatada a presença de tais elementos, configura-se concretamente o crime de estelionato”.

Anote-se que há entendimento, assentado na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça**[1625]**, segundo o qual o crime de falso para a prática posterior de estelionato, por exemplo, na falsificação da assinatura do cheque, considera-se *antefactum* não punível, visto que a falsificação é um meio

necessário para a prática do crime de estelionato e se exaure com ele, ou seja, a falsificação não poderá ser utilizada para a prática de outros crimes. Nesse caso, entende-se que o estelionato absorve a falsificação (consunção) e, note-se, a pena do estelionato é menor do que a pena do crime de falso, o que suscita críticas a essa visão**[1626]**. Todavia, também deve-se frisar que a citada Súmula sofre ataques, a exemplo, no STF, do Recurso Extraordinário n. 560.944/PE, julgado em 26 de agosto de 2008, relatora a Ministra Ellen Gracie, em que se reconheceu a existência de concurso de crimes:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, CF. CRIME CONTRA INTERESSE DA EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. PROVIMENTO. 1. A questão de direito tratada nestes autos diz respeito à alegada violação da regra contida no art. 109, IV, da Constituição Federal. Cuida-se de possível malferimento da regra constitucional referente à competência da justiça federal. 2. *A hipótese não se confunde com a orientação de que o crime de* falsum *é absorvido pelo crime de estelionato, havendo claro interesse da empresa pública federal nas condutas narradas na denúncia, atribuídas à recorrida, daí a competência da justiça federal* (CF, art. 109, IV). 3. Esta Corte já teve oportunidade de apreciar matéria semelhante, relacionada à falsificação de certidão negativa de débito do INSS utilizada para renovação de financiamento junto à instituição financeira privada (HC 85.773/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 27.04.2007), bem como a *prática de estelionato e falsidade de documentos quando cometidos em detrimento de empresa pública federal* (RHC 82.059/PR, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ 25.10.2002). 4. Há, ainda, outra imputação contra a recorrida – quanto ao possível estelionato na emissão de cheques sem fundo contra a ECT – que atrairia, por si só, a competência da justiça federal em relação aos demais fatos descritos na denúncia. 5. No caso, *havendo concurso de crimes*, a competência da justiça federal também alcançará os fatos supostamente criminosos que foram praticados em conexão com aqueles de competência da justiça federal. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido". (g. n.)

Ficamos com a posição do Superior Tribunal de Justiça, aliás, como o faz Rogério Greco:

"Estamos com a posição do STJ, expressa pela Súmula n. 17. Isso porque se o documento público falsificado pelo agente ainda puder ser utilizado na prática de outras infrações penais, forçoso é reconhecer a independência das infrações penais. Assim, imagine-se a hipótese em que o agente tenha falsificado um documento de identidade para, com ele, abrir diversos crediários em lojas de eletrodomésticos, a fim de praticar o delito de estelionato, pois receberá as mercadorias, sem efetuar um único pagamento. O documento de identidade falsificado, como se percebe, poderá ser utilizado em inúmeras infrações penais, razão pela qual, nesse caso, somos pelo concurso material de crimes, haja vista não se poder visualizar, na espécie, conduta única, mas, sim, pluralidade de comportamentos"[1627].

A vantagem ilícita obtida consiste em toda e qualquer vantagem, benefício ou proveito contrário à lei, não carecendo, embora possa, ser de ordem econômica. Nesse sentido, deve-se lembrar que, ao contrário do que foi disposto nos crimes de extorsão (art. 243 do CPM), de extorsão mediante sequestro (art. 244 do CPM) e de chantagem (art. 245 do CPM), em que o tipo grafa a obtenção de indevida vantagem econômica, o tipo penal do delito de estelionato não exige cunho econômico no produto obtido pelo agente, bastando apenas que seja contrário à lei. Por outro bordo, o prejuízo alheio exigido pela norma deve sim ter cunho econômico, porquanto prejuízo refere-se a perda, a dano, diminuição de lucro ou patrimônio[1628].

Ainda quanto à natureza da vantagem obtida, a disposição do art. 159 do CP, que ao tratar da extorsão mediante sequestro não menciona a natureza econômica da vantagem exigida, trouxe discussão na doutrina penal comum no que respeita ao crime de estelionato, havendo divergência doutrinária, por exemplo, entre a visão de Fragoso, que sustentava que a vantagem ilícita no crime de estelionato deve ser de natureza econômica[1629], e a de Magalhães Noronha, para quem, ao contrário, poderia tratar-se de vantagem ilícita de qualquer natureza[1630]. No Direito Penal Militar, note-se, os argumentos utilizados pela doutrina penal comum em relação à disposição típica dos crimes de extorsão (e de extorsão mediante sequestro) e de estelionato não são adequados, porquanto nos tipos penais de extorsão (simples ou mediante sequestro) e de chantagem o legislador penal militar grafou a natureza

econômica da vantagem obtida, enquanto no estelionato não o fez, presumindo poder tratar-se de qualquer vantagem ilícita.

Em resumo, portanto, à luz do que dispõe o tipo penal militar do crime de estelionato, a vantagem ilícita obtida não carece ter cunho econômico, mas o prejuízo alheio sim. Obviamente, o crime poderá configurar-se se ambos – vantagem ilícita e prejuízo alheio – forem de ordem econômica, apenas não se exigindo a natureza econômica da vantagem ilícita.

O legislador penal militar previu figuras especiais de estelionato nos incisos do § 1º do art. 251, impondo-lhes a mesma pena do tipo-base, ou seja, reclusão de dois a sete anos.

Tais modalidades específicas são a disposição de coisa alheia como própria (inciso I), a alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria (inciso II), a defraudação de penhor (inciso III), a fraude na entrega de coisa (inciso IV) e a fraude no pagamento de cheque (inciso V).

Na modalidade de dispor de coisa alheia como própria (inciso I do § 1º) o agente *vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia, coisa alheia como própria*. Em outros termos, estão aqui também presentes os elementos da modalidade do *caput*, notadamente a obtenção de vantagem ilícita, gerando prejuízo alheio, havendo a necessidade de que a conduta da vítima seja marcada por um erro motivado por engodo, mas um engodo específico, em que o sujeito ativo aliena coisa alheia como própria, exigindo-se, portanto, até mesmo para o preenchimento do dolo, que o sujeito ativo saiba que a coisa não lhe pertence, ou seja, age de má-fé, alienando pela venda, permuta, dação em pagamento, locação ou garantia, coisa, móvel ou imóvel, que não lhe pertence.

Urge aqui, ainda que suscintamente, trazer alguns aportes sobre o Direito Civil, a iniciar pela pretensa distinção entre direitos reais e direitos pessoais.

Em síntese, alinhando-se à teoria clássica ou realista, os *direitos reais* (ou direito das coisas, como rotula o CC, apesar de discrepâncias doutrinárias) traduzem-se por um poder direta e imediatamente exercido sobre as coisas. Já os *direitos pessoais* condensam a relação entre pessoas, tendo por objeto uma

prestação[1631]. Por óbvio, os direitos pessoais podem referir-se de forma indireta a um bem, como em algumas obrigações, mas o objeto mesmo é o comportamento do devedor, o que já não ocorre com os direitos reais, que se referem a uma relação diretamente incidente sobre a coisa.

Anote-se, no entanto, que há na atualidade defensores de uma teoria moderna ou personalista, segundo a qual os direitos reais não seriam consistentes em relações de uma pessoa em referência a uma coisa, e sim de uma pessoa diante de todas as demais. Nesse sentido, aponta César Fiuza:

"O Direito das Coisas é o ramo do Direito Civil que regula as relações jurídicas reais, entendidas estas como as que se estabelecem entre o titular de uma coisa e a sociedade em geral.

Se, por um lado, o Direito das Obrigações cuida das relações de crédito, entre devedor e credor, por outro, o Direito das Coisas tem por objeto esse outro tipo de relações, que acabamos de descrever acima.

Para entendermos melhor a questão, devemos partir da compreensão clara de direitos reais e obrigacionais.

Nas relações jurídicas obrigacionais há, de um lado, devedor e, do outro, credor. Entre eles, prestação devida pelo devedor ao credor. Ao dever de realizar a prestação corresponde o direito de exigi-la. Esse direito denomina-se direito obrigacional, pessoal ou creditício.

Nas relações jurídicas reais, o quadro é totalmente diferente. Em primeiro lugar, há uma pessoa e um bem. A pessoa é titular de um bem. Porém, para que uma pessoa possa considerar-se titular de um bem, é necessário que existam outras pessoas, que não detenham qualquer direito sobre esse bem. Em outras palavras e exemplificando, só posso me considerar dono de um bem, em face de outras pessoas que não são donas desse bem. Se morasse numa ilha deserta, não seria dono de nada. Se digo que uma coisa é minha, é porque não é dos outros. Se não houvesse outros, não faria qualquer sentido dizer que a coisa é minha"[1632].

Voltemos, após os esclarecimentos necessários, ao estudo das modalidades específicas de estelionato.

A primeira forma de alienação de coisa alheia, prevista no inciso I do § 1º do art. 251 em comento, é a venda da coisa móvel ou imóvel alheia. O contrato de compra e venda, no universo dos direitos obrigacionais, é aquele pelo qual uma pessoa se obriga a transferir a propriedade de objeto definido a uma outra pessoa, sob a contrapartida do recebimento de uma quantia em dinheiro (ou outra forma de compensação pecuniária), denominada "preço". Assim, estará subsumida neste inciso a conduta do militar da ativa, vendedor, que, levando o comprador, outro militar da ativa, mediante fraude – v. g., entrando no imóvel alheio, somente ocupado por um caseiro, com quem está mancomunado, passa-se por proprietário do imóvel –, a crer, equivocadamente, que determinada coisa lhe pertence, vende-a recebendo o valor referente ao preço ajustado.

Na sequência, ainda no inciso I do § 1º, é prevista a permuta de coisa que não pertence ao agente como forma de prática do delito de estelionato. A permuta (escambo, câmbio ou troca) consiste no ajuste entre pessoas (portanto, também ligada ao direito das obrigações) em que "uma das partes se obriga a transferir à outra a propriedade de um bem, mediante o recebimento de outro bem, diferente de dinheiro"**[1633]**. Assim, estará subsumida nesse inciso a conduta do militar da ativa que cria engodo para aparentar ser proprietário de uma motocicleta, permutando-a por outra, de propriedade de outro militar da ativa.

Ainda no contexto do direito das obrigações está o ato de dar em pagamento, consignado também no inciso I do § 1º. Gerada a obrigação, por exemplo, pelo estabelecimento de uma relação contratual, o curso natural seria sua extinção pelo pagamento, podendo, no entanto, haver outras formas de extinção (prescrição, novação, compensação etc.). Em alguns casos, porém, o credor poderá aceitar que a relação obrigacional seja extinta pela substituição do objeto da prestação, realizando-se o pagamento pela entrega, por exemplo, de coisa móvel não prevista na original relação. Trata-se da dação em pagamento (*datio in solutum*). Assim, se o militar do Estado da ativa, por exemplo, der como pagamento coisa que não lhe pertence, fazendo com que o credor a aceite diante da crença, gerada por um engodo de que o devedor era seu proprietário, teremos a configuração do delito.

A locação, também afeta ao direito creditício, pode comportar conduta enquadrável no inciso em estudo. Nos dizeres de César Fiuza, o contrato de locação é aquele “pelo qual uma pessoa se obriga a ceder temporariamente à outra o uso e gozo de coisa infungível, mediante certa remuneração”**[1634]**. Dessa forma, estará configurado o estelionato quando um militar da ativa, convencendo outro em situação de atividade, por meio de engodo, de que é proprietário de um imóvel, o aluga percebendo os valores referentes ao aluguel.

Por fim, também incidirá no crime de estelionato pelo inciso I do § 1º do art. 251 o militar da ativa que der como garantia coisa que não lhe pertença fazendo com que a vítima, mediante engodo, acredite ser de sua propriedade. Trata-se da hipótese de penhor, hipoteca ou anticrese. Ocorre o penhor “quando o devedor, ou um terceiro em seu nome, entrega ao credor bem móvel, livre e desonerado, em garantia de dívida”**[1635]**. A hipoteca é a “modalidade de garantia real que confere ao credor direito real sobre bem, em regra imóvel, o qual permanece em sua posse e domínio”**[1636]**. Já a anticrese ocorre quando o devedor oferece em garantia as rendas de um imóvel, sendo necessário, para que nasça o direito real, o registro do título constitutivo no cartório de registro de imóveis**[1637]**.

Para encerrar o estudo do inciso I do § 1º do art. 251 do CPM, conveniente citar as lições de Jorge César de Assis, arrimadas em Damásio de Jesus:

“Damásio E. de Jesus, analisando o tipo, apresenta diversas características: 1º) trata de coisas móveis e imóveis; 2º) não é necessária a tradição dos móveis ou a transcrição dos imóveis; 3º) o fato se consuma com o recebimento do preço; 4º) se for lavrada a escritura, haverá dois crimes: estelionato e falsidade ideológica; 5º) se entre os meios de fraude constar a falsidade, haverá concurso com o delito de falso; 6º) no caso de locação, o crime se consuma com o recebimento dos aluguéis; 7º) se o agente está na posse ou detenção da coisa, há apropriação indébita; 8º) a garantia do inciso é só a hipoteca, o penhor e a anticrese. Se forem outros direitos reais, o crime passará a ser o do *caput* da disposição; 9º) se o agente estiver de má-fé nem a

ulterior aquisição do objeto material ao dono excluirá o delito”[1638].

Como exemplo prático do estelionato grafado no inciso I do § 1º do art. 251 do CPM, *vide* caso versado na Apelação n. 1986.01.044576-5/RJ, julgada no Superior Tribunal Militar em 3 de abril de 1986, sob relatoria do Ministro Ruy de Lima Pessoa:

“Estelionato. Artigo 251, parágrafo primeiro, I, do CPM. Defraudação mediante alienação não consentida pelo credor. Pratica o crime de estelionato o agente que vende coisa alheia como própria mantendo o comprador em erro através do silêncio, da mentira ou da omissão. Nega-se provimento ao apelo da defesa para manter-se a sentença impugnada pelos seus jurídicos fundamentos. Decisão unânime”.

No caso da alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria (inciso II do § 1º do art. 251 do CPM), o agente *vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias*. Note-se que as condutas nucleares são basicamente as mesmas do inciso anterior (venda, permuta, dação em pagamento, o ato de dar em garantia), com exceção da locação, razão pela qual remetemos o leitor à compreensão desses atos no inciso precedente. Estão aqui também presentes os elementos da modalidade do *caput*, notadamente a obtenção de vantagem ilícita, gerando prejuízo alheio, havendo necessidade de que a conduta da vítima seja marcada por um erro motivado por engodo, mas um engodo específico, em que o sujeito ativo aliena coisa própria inalienável, silenciando, não advertindo o sujeito passivo dessa inalienabilidade, exigindo-se, portanto, a má-fé do sujeito ativo, estando compreendida no dolo essa situação de alienação indevida.

A coisa, móvel ou imóvel, deve ter alguma causa que gere a impossibilidade de alienação, ser gravada de ônus ou litigiosa (objeto discutido em ação judicial não finda). Sobre essa circunstância, Bitencourt, com muito acerto, expõe:

“O que muda efetivamente, nesse tipo penal, é o objeto material: em

vez de ser *coisa alheia*, trata-se de *coisa própria*, impedida, por alguma razão, de ser alienada. As ações incriminadas incidem sobre coisa própria, gravada com ônus de *inalienabilidade*. Quando 'todos os direitos' imanentes ao direito de propriedade reúnem-se na pessoa do proprietário fala-se em *dominium plenum*. Nem sempre, porém, o dono da coisa dispõe de todos esses atributos da propriedade, sendo uma das restrições possíveis a *inalienabilidade*, que pode decorrer de lei, convenção ou testamento. Outra restrição ao direito de propriedade, especialmente importante para o direito penal, é a indisponibilidade de coisa *gravada de ônus*, que nada mais é do que o desmembramento de alguns dos direitos que compõem o *dominium*. Pois esse desmembramento constitui ônus para o proprietário e, recaindo sobre a coisa, tem natureza real e não simplesmente obrigacional; pode-se citar como exemplo a hipoteca, a anticrese e o penhor (...)"**[1639]**.

Como exemplo prático de estelionato grafado no inciso II do § 1º do art. 251, *vide* caso versado na Apelação n. 2004.01.049655-6/RJ, julgada no Superior Tribunal Militar em 5 de abril de 2005, sob relatoria do Ministro Antônio Appariício Ignácio Domingues:

"Apelação. Estelionato. Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria. Fraude na venda de caminhão gravado com reserva de domínio, tendo como vítimas militares da ativa, com materialidade e autoria devidamente comprovadas. Continuidade delitiva. Inocorrência. Existência de uma única conduta delituosa, o que impede o reconhecimento da figura do crime continuado. Apelo parcialmente provido. Decisão unânime".

Sob a rubrica "Defraudação de penhor", o inciso III do § 1º do artigo em análise considera modalidade de estelionato a conduta que *defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado*. Nesse inciso, embora tenhamos a presença de coisa objeto de penhor, há a defraudação, mediante alienação (venda, doação etc.) ou por outro modo (destruição, ocultação, desvio, abandono etc.), sem a anuência do credor pgnoratício – elemento normativo que deve ser verificado, sob pena de atipicidade –, de sorte que este é o sujeito passivo do crime. Acerca dessa modalidade, vejamos a lição de Rogério Greco:

"O art. 1.431 do Código Civil define o penhor.

Pela redação do art. 1.431 do Código Civil, verifica-se que é da natureza do penhor a transferência efetiva da posse de uma coisa móvel de propriedade do devedor, como garantia do débito ao credor.

No entanto, o parágrafo único do mencionado artigo prevê os efeitos da chamada *cláusula constituti*, dizendo:

Parágrafo único. No penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar.

Nesses casos, quando não houver transferência da posse da coisa móvel ao credor pignoratício, permanecendo, outrossim, com o devedor, é que se poderá levar a efeito o raciocínio correspondente ao delito de *defraudação de penhor*"**[1640]**.

Na modalidade fraude na entrega de coisa (inciso IV do § 1º do art. 251), o agente *defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que entrega a adquirente*. Em outros termos, como enumera Alvaro Mayrink da Costa, pela pena de Rogério Greco, o "ato de defraudar *substância* significa alterar a natureza de coisa corpórea, ou a sua *qualidade* (importa que o objeto entregue seja *inferior*, pois se for superior inexiste ilícito penal), ou *quantidade* (refere-se a número, peso e dimensões)"**[1641]**. Pode esta modalidade, por exemplo, referir-se à forma de penhor em que o bem fica em poder do próprio devedor, havendo a tradição apenas fictamente, da entrega por obrigação legal, judicial ou contratual.

Por fim, no caso de fraude no pagamento de cheque (inciso V do § 1º do art. 251), o sujeito ativo *defrauda de qualquer modo o pagamento de cheque que emitiu a favor de alguém*. Note-se que na modalidade correspondente do Código Penal comum em vigor (inciso VI do § 2º do art. 171), a descrição típica é diversa, configurando-se o crime quando o agente *emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento*, coincidindo substancialmente apenas a parte final deste inciso com a previsão do

CPM em estudo. Explicável essa distinção, porquanto a pura emissão de cheque sem provisão constitui crime militar diverso e autônomo, capitulado no art. 313 do CPM, aliás, dicotomia verificada no Código Penal comum de 1969 (Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969), revogado antes de sua entrada em vigor, no inciso VI do § 1º do art. 184 ("Frustração do pagamento de cheque") e no art. 335 ("Cheque sem fundo"). Nesta modalidade, o agente frustra o pagamento do cheque emitido de forma ilegítima, ou seja, devendo ter proventos suficientes no momento da emissão, sob pena de configuração do delito previsto no art. 313 do CPM. Essa defraudação pode dar-se de várias formas, como a sustação ilegítima, o encerramento da conta corrente correspondente ao cheque ou mesmo a retirada de valores da conta após a emissão do cheque. Deve-se lembrar que o "emitente tem o direito de *obstar* o pagamento do cheque, desde que fundado em motivo justo. Somente a *frustração fraudulenta* do pagamento do cheque tipifica o crime em exame. Igualmente, a *frustração de cheque pós-datado*[1642] não configura crime, pois esse tipo de cheque não é ordem de pagamento, mas apenas uma garantia, substituindo a histórica *nota promissória*"[1643].

Como já vimos ao tratar do sujeito ativo, o § 2º do art. 251 impõe que as previsões do § 1º, acima estudadas, somente configurarão crimes militares se a conduta for praticada por militar da ativa contra militar na mesma situação (art. 9º, II, *a*, do CPM) ou contra o patrimônio sob administração militar (art. 9º, II, *e*, do CPM), elementos já estudados na Parte Geral.

O § 3º do art. 251 traz uma causa especial de aumento de pena, dispondo que a pena será agravada se o delito for praticado em detrimento da Administração Militar, ou seja, afetando a Administração Militar. Assim, se a figura do *caput* ou as do § 1º importarem em afetação do patrimônio sob a Administração Militar, por qualquer forma, haverá agravação da pena no *quantum* de um quinto a um terço, nos termos do disposto no art. 73 do próprio CPM. Como muito bem enumera Jorge César de Assis, essa causa especial de aumento de pena não deve ser aplicada quando o sujeito ativo for civil ou inativo – obviamente na figura do *caput*, já que as figuras do § 1º, conforme prevê o §

2º, somente são praticadas por militar da ativa, visto que possíveis apenas nas situações das alíneas *a* e *e* do inciso II do art. 9º, tudo do Código Penal Militar –, porquanto tais pessoas somente cometem delitos militares quando o fato busque atentar contra as Instituições Militares, e aumentar a pena em razão de afetação do patrimônio configura medida que traz dupla consequência para fato único, ou seja, evidente *bis in idem*[1644]. Nesse sentido, *vide* do Supremo Tribunal Federal o Recurso Criminal n. 1.451/RJ (j. em 26-6-1984, rel. Min. Rafael Mayer):

"Crime militar praticado por civis. 'Bis in idem'. Insubsistência da agravação especial. Art. 251, par. 3º, do CPM. O fato de o civil ter praticado o crime de estelionato em detrimento da administração militar vir a constituir elementar e razão configurativa do crime impropriamente militar, afasta, por representar 'bis in idem', o acréscimo de apenação previsto no par. 3º do art. 251 do CPM. Provimento em parte aos recursos ordinários para reduzir as penas impostas aos dois recorrentes, concedido o *sursis* ao réu Geraldo de Oliveira".

Mais recentemente, ainda no Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, a Segunda Turma, em 21 de novembro de 2006, em sede do *Habeas Corpus* n. 85.167/SP, decidiu:

"*HABEAS CORPUS*. CRIME DE ESTELIONATO MILITAR. AGRAVAÇÃO DA PENA. ART. 251, § 3º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. A vítima 'administração militar' não é elemento do crime de estelionato militar, quando o acusado é militar da ativa. A conduta perfaria o tipo do art. 251, ainda que não praticada contra a instituição (v. art. 9º, II, CPM). Assim, a agravante prevista no § 3º do art. 251 do Código Penal Militar se aplica ao militar da ativa, embora não se aplique ao civil nem ao militar inativo (reformado/reserva), já que, quanto a estes, só há crime de estelionato militar se a vítima for a administração militar (art. 9º, I, CPM) – é elemento do tipo. Ilegalidade não configurada. Ordem denegada".

Do Superior Tribunal Militar, *vide*, ainda, a Apelação n.

2005.02.049716-1/PE (j. em 3-11-2005, rel. Min. Antônio Carlos de Nogueira):

"Estelionato. Recebimento indevido de pensão. Agravação de pena prevista no § 3º do art. 251 do CPM.

A prova demonstra de forma clara que a agente civil (filha de viúva de ex-combatente), embora consciente de que não teria direito de se beneficiar da pensão quando do falecimento de sua genitora, fez um acordo fraudulento com o agente militar, integrante da Seção de Inativos e Pensionistas, para não adotar as providências decorrentes do óbito e continuar recebendo a pensão. Patente a autoria (confissão), a materialidade (comprovantes dos depósitos indevidos feitos pela administração militar na conta corrente da agente civil e os depósitos desta na conta corrente do agente militar), restando demonstrado o dolo consciente para apoderar-se de vantagem ilícita em prejuízo da administração militar, vale dizer a culpabilidade.

Ao agente militar, em situação de atividade, que pratica crime de estelionato contra o patrimônio da administração militar, se aplica a agravação de pena prevista no § 3º do art. 251 do CPM, diferentemente da hipótese de agente civil, do militar da reserva ou do reformado, considerando que, nestas últimas situações, a circunstância de ter sido o estelionato cometido em detrimento da instituição militar é elementar do tipo, nos termos do inciso III do art. 9º do CPM, e a incidência da agravante sob comento representaria dupla condenação, consoante, aliás, jurisprudência consolidada do STM.

Em se tratando de agente militar da ativa, a agravação de pena indicada no § 3º do art. 251 do CPM não configura *bis in idem*, pois, ao contrário do civil, do militar da reserva e do reformado, o militar da ativa pode cometer o crime de estelionato não apenas contra o patrimônio sob a administração militar (art. 9º, inc. II, letra *e*, do CPM), mas, também, contra outro militar da ativa (art. 9º, inc. II, letra *a*, do CPM) ou, ainda, contra qualquer pessoa em lugar sob a administração militar (art. 9º, inc. II, letra *b*, do CPM). Portanto, nenhuma razão assiste ao MPM em relação ao (...).

Por unanimidade, improvido o apelo da Defesa e provido parcialmente

o apelo do Ministério Público Militar".

Por fim, o art. 253 do Código Penal Militar dispõe que devem ser aplicados aos delitos do capítulo em estudo as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 240 do mesmo *Codex*, para cujos comentários remetemos o leitor. Em outras palavras, o legislador estendeu ao delito de estelionato a causa especial de diminuição de pena e a "desclassificação" do crime para transgressão disciplinar – na verdade, atipicidade da conduta, considerando-a transgressão disciplinar – nos casos em que o réu for primário (sem condenação irrecorrível anterior) e a vantagem de pequeno valor, não superando um décimo do mais alto salário mínimo vigente, ou ainda ao réu primário (sem condenação irrecorrível anterior) que repara o dano ou devolve a *res* à vítima antes de instaurada a ação penal, ou seja, antes do recebimento da denúncia pelo juiz. A questão do valor do dano, como já frisamos, transcende na atualidade a comparação objetiva com o salário mínimo, importando em outras discussões, como no caso da discussão da insignificância enfrentada no *Habeas Corpus* n. 91.756/PA, decidido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 29 de abril de 2008, sob relatoria do Ministro Eros Grau:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIME DE ESTELIONATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. *OCULTA COMPENSATIO*. 1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística, não sendo possível, quanto a ela, o estabelecimento de parâmetros genéricos e abstratos pré-definidos. 2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a *oculta compensatio*. A conduta do paciente excede esse modelo. 3. As quantias subtraídas correspondem aos vencimentos das vítimas, destinando-se ao atendimento de suas necessidades. Não podem ser consideradas insignificantes. Ordem indeferida".

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de obter a vantagem ilícita, para si ou para outrem, causando prejuízo alheio, pelo emprego de engodo, sem o que o crime não se verificará, podendo haver subsunção em outro tipo penal militar. Nessa linha, *vide* a Apelação n.

2007.01.050524-5/PE (STM, j. em 5-5-2009, rel. Min. Antônio Apparício Ignacio Domingues:

"APELAÇÃO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR E DA DEFESA. ESTELIONATO. FRAUDE. FALSA IDENTIDADE.

1 – Não configura dolo próprio de estelionatário, impelido pela intenção de subverter a ordem administrativa para obter proveito econômico, agente cujo móvel revela-se de índole pessoal, para livrar-se da ameaça de terceiro que representava perigo ao seu casamento.

2 – A conduta de apresentar documentos da filha, para viabilizar o atendimento da amante em Hospital, revela tipicidade subjetiva própria, ajustada ao crime de falsa identidade, conforme prescreve o artigo 318 do Código Penal Militar.

3 – Para que esteja configurado o crime de estelionato é necessário que, na ação final, o agente tenha como fim primeiro a obtenção de lucro patrimonial, em detrimento de outras vantagens. Deve perseguir vantagem ilícita patrimonial, lesando o patrimônio da vítima.

4 – No crime de falsa identidade não há finalidade específica, podendo ser até patrimonial, mas o agente não tem necessariamente a representação de que estaria lesando o patrimônio de alguém com sua conduta.

5 – A ação é o exercício de uma atividade finalista coordenada pela consciência. A vontade do agente disciplina todo o processo causal. A conduta é tributária da intenção.

6 – Acolhida, por maioria, a preliminar de extinção de punibilidade quanto à acusada civil. No mérito, por maioria, foi improvido apelo ministerial".

• **Consumação:** a modalidade prevista no *caput* consuma-se no momento em que há a obtenção da vantagem ilícita pelo autor, correspondente ao prejuízo alheio. "Há necessidade, para efeitos de reconhecimento da consumação do estelionato, da afirmação do binômio *vantagem ilícita/prejuízo alheio*. Assim, quando o agente consegue auferir a vantagem ilícita em prejuízo da vítima, o delito chega à sua consumação"**[1645]**.

Na modalidade de dispor de coisa alheia como própria (inciso I do § 1º do art. 251), o crime se consuma com a obtenção da vantagem ilícita.

Na forma prevista no inciso II do § 1º do art. 251, o crime se consuma com a prática de um dos atos previstos no tipo, ou seja, a venda, a permuta, o ato de dar em pagamento ou em garantia da coisa própria grafada de ônus ou litigiosa, ou ainda marcada pela inalienabilidade.

Analisando a previsão trazida no inciso III do § 1º do art. 251, conclui-se que o crime se consuma com a alienação, consumo, desvio da garantia dada em penhor.

Na modalidade de fraude na entrega da coisa (inciso IV do § 1º do art. 251), o crime se consuma com a entrega da coisa defraudada em relação à sua qualidade ou quantidade.

Finalmente, para a modalidade de fraude no pagamento de cheque (inciso V do § 1º do art. 251), embora "exista controvérsia no que diz respeito ao momento da consumação do delito, a posição doutrinária majoritária, amparada no entendimento esposado pela Súmula 521 do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de reconhecê-la no momento em que ocorre a recusa do sacado em efetuar o pagamento do cheque, seja em virtude da ausência de suficiência de fundos, seja, por exemplo, à contraordem determinada pelo agente"**[1646]**.

• **Tentativa:** em todas as modalidades do estelionato, plurissubsistentes, tem-se admitido a tentativa, quando não se alcança, por exemplo, a obtenção da vantagem indevida por motivos alheios à vontade do agente.

Nesse sentido, *vide*, do Superior Tribunal Militar, a Apelação n. 2008.01.050862-7/MS (j. em 10-12-2009, rel. Min. Antônio Apparício Ignacio Domingues):

"Apelação. Estelionato. Tentativa. Flagrante preparado. Preliminar de nulidade rejeitada. Concurso material caracterizado. Apelo ministerial provido. Alegação de ilegalidade da prisão em flagrante com base na tese de flagrante preparado. Tese desprovida de lastro probatório, a impor a rejeição da

preliminar de nulidade do feito. Decisão unânime. Militar valeu-se da função que exercia na Seção de Inativos e Pensionistas, para enganar pensionistas militares para que devolvessem a ele recursos que, supostamente, teriam sido depositados em suas contas correntes por erro da Administração Militar. Conformação da conduta ao tipo penal previsto no art. 251 do CPM, pois presentes o dolo, meio fraudulento, indução das ofendidas em erro e prejuízo alheio, com a decorrente vantagem patrimonial ilícita do agente, caso não tivesse frustrado o seu intento por motivo alheio a sua vontade. Tentativa de estelionato, em concurso material, pois praticado mediante ações distintas e contra patrimônios pertencentes a vítimas diferentes. Apelo ministerial provido. Decisão unânime".

Vide, ainda, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, a Apelação n. 5.459/05 (Proc. n. 35.964/03, 1ª Auditoria, j. em 15-2-2007, rel. Juiz Cel. PM Clovis Santinon):

"Policial militar que, agindo com abuso de confiança, subtrai folha de cheque de seu superior hierárquico, preenche o título e falsifica a assinatura, buscando auferir vantagem indevida, que somente não ocorreu por motivos alheios à sua vontade. Presentes o dolo, o artifício fraudulento e nexo causal concludentes para um juízo de reprovação".

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** embora o delito militar de estelionato (art. 251 do CPM) possua descrição típica um pouco diversa daquela constante no art. 171 do vigente Código Penal comum, especificamente em algumas modalidades do § 1º do art. 251 do CPM em comparação com o § 2º do art. 171 do CP, sua descrição típica é substancialmente igual ao tipo penal comum supracitado, e principalmente ao tipo penal de estelionato trazido pelo art. 184 do Código Penal comum de 1969 (Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969), revogado antes de sua entrada em vigor, de sorte que, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime militar, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa. Especificamente nas modalidades do § 1º do art. 251 do CPM, como já vimos, admite-se, pelo § 2º do mesmo artigo, somente subsunção às alíneas *a* e *e* do inciso II do art. 9º do CPM.

Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM, possibilidade restrita à modalidade de estelionato prevista no *caput* do art. 251 do CPM, também por observância ao que dispõe o § 2º do mesmo artigo.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

4.2. Abuso de pessoa

• **Tipo legal**

Art. 252. Abusar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de função, em unidade, repartição ou estabelecimento militar, da necessidade, paixão ou inexperiência, ou da doença ou deficiência mental de outrem, induzindo-o à prática de ato que produza efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro, ou em detrimento da administração militar:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

• **Objetividade jurídica:** o dispositivo em estudo tutela o patrimônio, a exemplo do precedente.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito no tipo penal do art. 252 pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1647]. Conforme se extrai do tipo penal, no entanto, é necessário que o sujeito ativo esteja no desempenho de sua função, portanto, restringindo-se a agente público (militar ou civil).

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a pessoa aviltada em seu patrimônio, podendo ser, como descreve o tipo penal militar, pessoa necessitada, imbuída de paixão ou inexperiente, ou, ainda, doente ou deficiente mental. Em alguns casos, note-se, é possível a pluralidade de sujeitos

ativos, por exemplo, quando o agente se aproveita de pessoa inexperiente, causando dano a outrem, não marcado por essa característica (inexperiência), já que o tipo permite que se enquadre na descrição típica o prejuízo a terceiro ou até à Administração Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é “abusar”, ou seja, aproveitar, tirar proveito, partido ou vantagem, não necessariamente de ordem econômica, para si mesmo ou para outrem, de pessoa debilitada por algumas das circunstâncias previstas expressamente, ou seja, estar em necessidade, inebriado por paixão, ser inexperiente, possuir doença ou deficiência mental.

Necessidade deve ser compreendida como extremada carência de algo, podendo ser de ordem existencial, orgânica, intelectual ou moral. Encontra-se em necessidade, por exemplo, aquele que precisa adquirir um equipamento médico de cuidado necessário, que deva manter em casa. A *paixão*, já a definimos na Parte Geral, é originária da emoção, porém, de um modo mais exacerbado, levada ao extremo e de forma mais duradoura, causando maiores alterações nervosas ou psíquicas, sendo exemplos o ódio, o amor, a vingança, o ciúme etc., o que fragiliza a pessoa sobre quem age o sujeito ativo. *Inexperiente* é o imaturo, sem “maldade”, sem prática de vida, que pode facilmente ser envolvido pela atuação do sujeito ativo. Essas circunstâncias devem ser comprovadas para o preenchimento dos elementos descritivos do tipo penal, o que se pode fazer de várias maneiras, a exemplo de testemunhas.

Também pode o abuso configurar-se em face da deficiência ou doença mental daquele que sofre a conduta do sujeito ativo, traduzidas pela situação em que a pessoa não possui capacidade de compreender o que faz, seja por uma enfermidade mental, como a esquizofrenia, seja em função de desenvolvimento mental não completo.

O proveito objetivado pelo agente (em seu favor ou de outrem), como acima dito, não carece ter natureza patrimonial, mas deve ser injusto, ilícito, sob pena de não configuração deste delito, e sim hipótese de crime comum de exercício arbitrário das próprias razões (art. 346 do CP), inexistente no Código Penal Militar.

Necessário, ademais, que o agente caracterize o abuso pela indução

(geração da ideia) da prática de ato que produza um efeito jurídico, ou seja, um ato que tem relevância no universo jurídico, criando, extinguindo, alterando direito. Acerca dessa elementar, interessante lição nos traz Bitencourt:

"O ato juridicamente nulo, em razão da absoluta incapacidade da vítima, pode ser objeto desse crime? Sustenta-se que, se fosse admissível argumentar que o crime não se consuma em razão da incapacidade absoluta da vítima, não teria sentido a criminalização contida no dispositivo em exame.

No entanto, quando o ato praticado pela vítima é absolutamente nulo e sem qualquer efeito jurídico, por causa diversa da incapacidade da vítima, não há crime, pois esse tipo de ato não pode acarretar efeitos jurídicos, que é uma elementar requerida pelo tipo legal"**[1648]**.

Mais do que um ato que produza efeito jurídico, é preciso que se verifique o prejuízo, ao próprio sujeito sobre o qual repousa a conduta do agente, a um terceiro alheio a essa relação, ou mesmo em detrimento da Administração Militar. Esse prejuízo, alinhando-se à objetividade jurídica já apontada, deve ter conotação econômica, ao contrário do proveito objetivado pelo sujeito ativo (para ele ou para outrem), que pode ter qualquer natureza, por exemplo, a moral.

Por derradeiro, o tipo penal em análise consigna um elemento espacial do tipo, porquanto o crime deve ser praticado – entenda-se aqui a prática do abuso, e não a ocorrência do prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 6º do CPM, adotando-se a teoria da atividade – em unidade, estabelecimento ou repartição militar, ou seja, em lugar sujeito à Administração Militar, conceito que já exploramos em ocasiões anteriores.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de abusar da pessoa debilitada, conhecendo essas circunstâncias, com o fim específico de obter proveito para si ou para outrem.

• **Consumação:** apesar de estar capitulado entre os crimes contra o patrimônio, o delito tem sido considerado formal, ou seja, não é necessário que se chegue ao prejuízo econômico de alguém, ou seja, consuma-se este delito no momento e no lugar em que a pessoa vulnerável pratica o ato para o qual foi induzido, apto a gerar o prejuízo, mas não necessariamente sendo este

alcançado[1649].

• **Tentativa:** majoritariamente, entende-se como possível. "Trata-se de uma das espécies de *crime formal*, que, pelo menos em tese, pode ser fracionada sua fase executória, como reconhece Heleno Cláudio Fragoso"[1650].

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação (substancial) nos dois diplomas penais (comum e militar), já que o art. 173 do Código Penal comum (e o art. 186 do CP comum de 1969) não possui os elementos essenciais previstos no art. 252 do CPM, sobretudo o elemento espacial exigindo a prática de conduta em lugar sob a Administração Militar e a necessidade de o agente estar no desempenho de função. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

5. DA RECEPTAÇÃO

5.1. Receptação

• **Tipo legal**

Art. 254. Adquirir, receber ou ocultar em proveito próprio ou alheio, coisa proveniente de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira,

receba ou oculte:

Pena – reclusão, até cinco anos.

Parágrafo único. São aplicáveis os §§ 1º e 2º do art. 240.

O tipo penal trazido pelo art. 254 inaugura o quinto capítulo do Título V do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar, que trata dos crimes contra o patrimônio, havendo neste capítulo o delito de receptação dolosa e culposa.

• **Objetividade jurídica:** o objeto jurídico tutelado neste tipo penal militar também é o patrimônio, valendo dizer que a figura do receptador fomenta, inclusive, a existência de outros delitos patrimoniais.

Deve-se ter em mente, no entanto, que a acessoriedade da receptação, fazendo com que ela dependa de crime anterior, não importa a necessidade de que esse crime precedente seja de cunho patrimonial, mas apenas que cause lesão ao patrimônio, a exemplo do peculato.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito no tipo penal do *caput* do art. 254 pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1651]**. O autor do crime precedente, do qual o objeto da receptação é produto, não responderá, obviamente, por recepção, devendo apenas responder pelo primeiro delito (furto, roubo, peculato etc.).

Alguns admitem a possibilidade de o próprio proprietário ser o sujeito ativo do delito, a exemplo das situações de penhor, como expõe Bitencourt:

“Excepcionalmente, pode ser sujeito ativo o proprietário da coisa receptada, quando, por exemplo, esta for objeto de garantia (v. g., penhor), encontrando-se em poder de terceiro. Afinal, ao contrário do que ocorre nas hipóteses de furto, roubo, dano ou apropriação indébita, onde emprega a locução *coisa alheia*, na descrição do crime de receptação o legislador refere-se apenas a ‘coisa’, sem se preocupar com sua titularidade. Nesse particular, a doutrina dominante não tem admitido que o proprietário da coisa receptada possa eventualmente figurar como sujeito do crime de receptação”**[1652]**.

O sujeito passivo é o proprietário da coisa objeto do crime precedente.

• **Elementos objetivos:** o tipo penal em estudo deve ser cindido em duas possibilidades: em uma delas o agente adquire, recebe ou oculta coisa que sabe ser proveniente de crime, configurando-se a *receptação própria*; na segunda, denominada *receptação imprópria*, o autor influi para que um terceiro de boa-fé adquira, receba ou oculte coisa que sabe proveniente de crime.

Frise-se que a prática em um mesmo ato das formas da receptação própria, por se tratar de *tipo misto alternativo*, configurará a prática de apenas um delito. O mesmo se diga, na receptação imprópria, quando o agente influencia terceiro de boa-fé a adquirir e a receber a coisa proveniente de crime: há apenas um delito. No entanto, quando o agente adquire a coisa e influencia para que terceiro também a adquira, tem-se entendido haver concurso de crimes, porquanto ao analisar as condutas da receptação própria e imprópria chega-se à conclusão de que se trata de *tipos mistos cumulativos*[1653].

Iniciando a análise pela *receptação própria*, tem-se por conduta nuclear a aquisição da coisa, significando a compra, a permuta etc., passando a ter a propriedade da coisa, pouco importando, na forma onerosa, se o preço pago tenha sido justo ou não. Também é indiferente ao tipo penal, não afastando o delito, a natureza da relação de aquisição, ainda que seja ela justa, por exemplo, no caso daquele que adquire, por herança, coisa que sabe ser produto de crime.

Na sequência, tem-se a forma de receptação pelo recebimento da coisa, por exemplo, quando se aceita a coisa produto de crime, em face da entrega de outrem, mas sem a aquisição da propriedade, ou seja, apenas tendo-se a posse para a utilização. Nesse aspecto, Rogério Greco ressalta que:

"O núcleo *receber* é utilizado pelo tipo penal em estudo no sentido de ter o agente a posse ou a detenção da coisa, para o fim de utilizá-la em seu proveito ou de outrem. O agente, aqui, deve procurar algum benefício mediante o recebimento da coisa que lhe foi entregue. Se a quisesse para si, tomando-a do agente, seja a título oneroso ou gratuito, incorreria na conduta de *adquirir*; por outro lado, se sua finalidade não fosse usufruí-la, mas tão somente prestar ao outro agente auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime, o delito não

poderia ser reconhecido como de receptação, mas sim como o de favorecimento real (...)”**[1654]**.

A terceira conduta da receptação própria é ocultar a coisa proveniente de crime, significando tornar oculta, esconder, tirar das vistas de todos, dissimular.

Na *receptação imprópria*, o agente não tem o ânimo de adquirir, receber ou ocultar, mas de influenciar, ou seja, instiga, induz etc., influenciando no comportamento de uma pessoa que, de boa-fé, recebe, adquire ou oculta a coisa. Imprescindível para o preenchimento do tipo penal que o terceiro influenciado esteja de boa-fé, ou seja, ignore a procedência criminosa da coisa, sob pena de, estando de má-fé, haver concurso de pessoas na receptação, sendo ambos autores de receptação própria, passando o influenciador à condição de autor mediato.

Importante salientar que, muito embora o tipo penal não consigne, em ambas as espécies (*receptação própria* e *imprópria*), a *res* objeto material da receptação há de ser móvel, porquanto na receptação trata-se de coisa que exige mobilidade, circulação, ocultação, tradição etc. Ademais, a coisa deve ser proveniente de conduta que se enquadre em um fato típico capitulado como crime (comum, militar etc.), inclusive sendo possível a ocorrência de sucessivas receptações, em que o crime de que provém a coisa móvel é uma primeira receptação. Não se pode, em outras palavras, aceitar como objeto material do delito coisa proveniente, por exemplo, de contravenção penal, improbidade administrativa etc.

Por outro bordo, não há necessidade de que a coisa seja proveniente de crime punível, sendo preenchidos seus elementos genéricos e a punibilidade, em função do que dispõe o art. 256 do Código Penal Militar. Por esse artigo, a *receptação é punível ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa*. Essa previsão, similar ao disposto no § 4º do art. 180 do Código Penal comum, levou alguns doutrinadores a sustentar que haveria a adoção de uma teoria bipartida de crime no Código Penal comum, em que o conceito analítico de crime seria composto apenas pelo fato típico e pela antijuridicidade, sendo a culpabilidade mero pressuposto de aplicação de pena.

Para esses autores, essa construção seria um dos indícios mais veementes de que a estrutura do crime está apartada da culpabilidade, já que se permite a existência do "crime" antecedente à receptação, ainda que o autor do fato seja desconhecido ou *isento de pena*. Seguindo esse raciocínio, se a receptação depende de um fato delituoso anterior e, pelo dispositivo em comento, tal crime pode ser praticado por alguém isento de pena, adota-se a possibilidade de crime sem culpabilidade.

Mais acertado, no entanto – como já destacamos na Parte Geral –, sustentar uma teoria tripartida de delito, muito mais se tratando de crime militar, sendo esse o argumento de fácil contraposição.

Como muito bem assinala Cezar Roberto Bitencourt, quanto à possibilidade de crime sem culpabilidade supostamente atestada pelo § 4º do art. 180 do Código Penal – para nós o art. 256 do Código Penal Militar –, basta dizer que tal dispositivo não foi uma inovação trazida pelas recentes alterações do Código Penal comum ou do sistema penal como um todo, vigendo, portanto, desde 1942 na Parte Especial do Código Penal comum e desde 1969 na Parte Especial do Código Penal Militar. Não se pode, dessarte, afirmar ser esse um indício da adoção da teoria bipartida pelo Código Penal, uma vez que as ideias de Welzel ainda não tinham ganhado eco na legislação penal brasileira, o que somente ocorreu em 1984 (Lei n. 7.209/84), pela reforma da Parte Geral do Código Penal comum **[1655]**. Muito menos, então, pode-se sustentar tal situação em face do Código Penal Militar, que nem sequer foi atingido pela reforma de 1984.

Note-se que a lei penal militar não possui as modalidades de *transportar* ou *conduzir* inseridas na legislação penal comum pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996, havendo, portanto, irrelevância penal militar nessas condutas. Deve-se lembrar, no entanto, que o ato de transportar e o de conduzir podem ser posteriores à aquisição ou ao recebimento, podendo-se configurar o crime na modalidade do *caput* do art. 254 do CPM. Nessa linha, *vide* a Apelação Criminal n. 5.698/07 (Feito n. 42.445/05, 1ª Auditoria), do TJMSP, julgada em 15 de abril de 2010, sob relatoria do Juiz Paulo Prazak: "Incide em receptação o policial militar que, ilicitamente na posse de rádio pertencente à Polícia Militar,

tenta negociá-lo com colega de farda”.

No julgado acima, apesar de não estar expressamente no texto da ementa, verifica-se que o autor trazia consigo, ou seja, transportava, a coisa proveniente de crime; e, se a transportava e tentava vendê-la, por óbvio, a adquiriu em algum momento anterior.

Por fim, o parágrafo único do art. 254, em análise, dispõe que devem ser aplicadas à receptação as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 240 do mesmo *Codex*, para cujos comentários remetemos o leitor. Em outras palavras, o legislador estendeu ao delito de receptação a causa especial de diminuição de pena e a “desclassificação” do crime para transgressão disciplinar – na verdade atipicidade da conduta, considerando-a como transgressão disciplinar – nos casos em que o réu for primário (sem condenação irrecorrível anterior) e a coisa móvel receptada for de pequeno valor, não superando um décimo do mais alto salário mínimo vigente, ou ainda ao réu primário (sem condenação irrecorrível anterior) que repara o dano ou devolve a *res* à vítima antes de instaurada a ação penal, ou seja, antes do recebimento da denúncia pelo juiz. A questão do valor do dano, como já frisamos, transcende na atualidade a comparação objetiva com o salário mínimo, importando em outras discussões, como no caso da discussão sobre a insignificância enfrentada no *Habeas Corpus* n. 91.756/PA, decidido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 29 de abril de 2008, sob relatoria do Ministro Eros Grau:

“*HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIME DE ESTELIONATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. *OCULTA COMPENSATIO*. 1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística, não sendo possível, quanto a ela, o estabelecimento de parâmetros genéricos e abstratos pré-definidos. 2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a *oculta compensatio*. A conduta do paciente excede esse modelo. 3. As quantias subtraídas correspondem aos vencimentos das vítimas, destinando-se ao atendimento de suas necessidades. Não podem ser consideradas insignificantes. Ordem indeferida”.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de adquirir, receber, ocultar produto de crime ou influir para que terceiro o faça. O fato de a coisa ter destino certo, ou seja, o patrimônio do próprio autor ou de terceiro, torna o dolo específico (elemento subjetivo especial do injusto).

Frise-se que, se a finalidade não for usufruir da coisa, mas apenas prestar ao outro agente auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime, teremos o delito de favorecimento real, capitulado no art. 351 do Código Penal Militar.

• **Consumação:** na *recepção própria*, o delito se consuma com a prática de qualquer das condutas enumeradas pelo tipo, com a tradição da coisa adquirida ou recebida, ou ainda com a ocultação da *res*, constituindo um crime material.

Na *recepção imprópria* há visão que a entende consumada com o ato de influenciar exercido pelo agente em relação ao terceiro de boa-fé, não se exigindo que este efetivamente adquira, receba ou oculte a coisa proveniente de crime, constituindo, pois, delito formal. Em sentido contrário, no entanto, posiciona-se Rogério Greco, com quem concordamos, entendendo que, "quando a lei penal usa o verbo *influir*, quer significar ter influência decisiva, fazendo com que o sujeito, efetivamente, pratique um dos comportamentos previstos pelo tipo penal, vale dizer, adquira, receba ou oculte a coisa cuja origem criminosa desconheça, em virtude de sua boa-fé"**[1656]**. Por essa visão, a receptação imprópria seria crime material.

• **Tentativa:** admite-se nos casos de *receptação própria*. No caso da *receptação imprópria*, entende-se possível a tentativa, por exemplo, para os que a veem como delito material.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais, ou seja, do art. 180 do

Código Penal comum (assim como no art. 196 do Código Penal comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e do art. 254 do CPM, tomando-se por base suas modalidades de receptação própria e imprópria, ou seja, sem as modalidades de *transportar* e *conduzir*, trazidas para o Código Penal Comum pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

5.2. Receptação culposa

• **Tipo legal**

Art. 255. Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela manifesta desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:

Pena – detenção, até um ano.

Parágrafo único. Se o agente é primário e o valor da coisa não é superior a um décimo do salário mínimo, o juiz pode deixar de aplicar a pena.

• **Objetividade jurídica:** o objeto jurídico tutelado neste tipo penal militar é o mesmo do crime precedente, ou seja, o patrimônio.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito no tipo penal do art. 255 pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1657]**.

O sujeito passivo é o proprietário da coisa objeto do crime precedente.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta na *receptação culposa* também é "adquirir" ou "receber" e o objeto material do delito, da mesma forma que na modalidade dolosa, é a coisa móvel que se pode presumir ser proveniente de crime antecedente.

Nesta modalidade, o autor não conhece a origem da coisa, mas tem condições de presumir ser delituosa em vista de sua natureza (joias caras, antiguidades, objetos de família vendidos nas portas das casas), pela manifesta desproporção entre o valor e o preço (diferença entre o preço de mercado e o da negociação), ou pela condição de quem a oferece (a pessoa que a oferece não aparenta condições de ser sua proprietária). Assim, o autor que, demonstrando nessas situações não ter o dever objetivo de cuidado, portanto, por culpa, deixa de ater-se às circunstâncias do fato e adquire ou recebe a coisa, mesmo tendo capacidade para presumir ser de origem criminosa, incide no delito.

O parágrafo único do art. 255 traz hipótese de perdão judicial, dispondo que poderá haver isenção de pena nos casos em que o agente for primário (sem condenação irrecorrível anterior) e a coisa for de pequeno valor, não superando um décimo do salário mínimo. A questão do valor da coisa, como já frisamos, transcende na atualidade a comparação objetiva com o salário mínimo, importando em outras discussões, como no caso da discussão sobre a insignificância, enfrentada no já citado *Habeas Corpus* n. 91.756/PA (STF, 2ª Turma, j. em 29-4-2008, rel. Min. Eros Grau).

• **Elemento subjetivo:** o elemento subjetivo é a culpa, especialmente a negligência.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor adquire ou recebe a coisa que deveria presumir ter origem criminosa.

• **Tentativa:** inadmissível, por ser delito culposo.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa,

porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais, ou seja, do § 3º do art. 180 do Código Penal comum (assim como no art. 197 do Código Penal comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e do art. 255 do CPM. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6. DA USURPAÇÃO

6.1. Alteração de limites

• **Tipo legal**

Art. 257. Suprimir ou deslocar tapume, marco ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel sob administração militar:

Pena – detenção, até seis meses.

§ 1º Na mesma pena incorre quem:

Usurpação de águas

I – desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas sob administração militar;

Invasão de propriedade

II – invade, com violência à pessoa ou à coisa, ou com grave ameaça,

ou mediante concurso de duas ou mais pessoas, terreno ou edifício sob administração militar.

Pena correspondente à violência

§ 2º Quando há emprego de violência, fica ressalvada a pena a esta correspondente.

• **Objetividade jurídica:** o objeto jurídico tutelado neste tipo penal militar é o mesmo do crime precedente, ou seja, o patrimônio. Postula-se, ademais, estar presente a tutela da posse de bens imóveis, o que parece adequado sustentar neste tipo penal, já que se fala em imóvel sob a administração militar, e não a ela pertencente (pela União, Estados ou Distrito Federal).

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito no tipo penal do art. 255 pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1658]**. Exige-se, no entanto, que esse sujeito ativo seja proprietário do imóvel limítrofe àquele utilizado pela Administração Militar.

O sujeito passivo é o titular do bem jurídico aviltado, ou seja, o Estado (União, Estados ou o Distrito Federal), representado pela Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta no crime em estudo é "suprimir", ou seja, eliminar, tirar, fazer desaparecer, ou então "deslocar", significando mudar de posição, remover, afastar ou aproximar de local diverso daquele originariamente encontrado.

A conduta do autor recai sobre *tapume, marco ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória*. *Tapume*, no sentido aqui empregado, é "toda cerca (sebe viva ou seca, cerca de arame, tela metálica, etc.) ou muro (de pedra, tijolos, adobes, cimento armado) destinado a assinalar o limite entre dois ou mais imóveis"**[1659]**. Marco, por sua vez, "é toda coisa corpórea (pedras, piquetes, postes, árvores, tocos de madeira, padrões, etc.) que, artificialmente colocada ou naturalmente existente em *pontos* da linha divisória de imóveis, serve, também, ao fim de atestá-la *permanentemente* (ainda que não *perpetuamente*)"**[1660]**.

Não só o tapume e o marco podem sofrer a conduta, mas qualquer outro sinal distintivo da uma divisão entre bens imóveis, marcando-se, portanto, uma interpretação analógica neste tipo penal militar.

Naturalmente, o autor suprime ou desloca qualquer objeto indicativo de divisa, com o escopo de apropriar-se, no todo ou parcialmente, de imóvel sob a Administração Militar, enquadrando-se neste elemento típico não só aqueles pertencentes à Administração Militar como também aqueles por ela utilizados, como os imóveis alugados ou utilizados por força de convênios. Não mencionando a norma penal militar elemento restritivo de interpretação, entendemos possível sustentar que, mesmo em uso temporário do imóvel pela administração, é possível ocorrer o delito, desde que a utilização guarde a intenção de permanência (não perpetuidade).

O legislador, no § 1º do artigo em comentário, trouxe figuras equiparadas, a saber a *usurpação de águas* e a *invasão de propriedade*, ambas punidas com a mesma pena, ou seja, detenção de trinta dias a seis meses (pena mínima obtida com o cotejo deste tipo penal e o art. 58 do CPM).

Na *usurpação de águas* (inciso I do § 1º do art. 257), equiparou-se a essa conduta o *desvio* (mudança de curso) ou *represamento* (contenção, ato de reter) de águas sob administração militar, a exemplo de rios, riachos, córregos ou lagoas que perpassam ou se situem em área de administração militar, não se exigindo, novamente, a propriedade do local pela Administração Militar nem sua utilização com ânimo perpétuo. Esse desvio ou represamento deve ser em proveito próprio ou de outrem (*lucri faciendi animus*), ou seja, há uma finalidade de beneficiar com a conduta o próprio agente ou um terceiro, ainda que este não tenha anuído com a conduta do agente ou nem sequer dela saiba. Não havendo essa intenção, poderemos ter outro delito, a exemplo do crime de dano (art. 259 do CPM) ou do crime comum de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP comum).

Na *invasão de propriedade* (inciso II do § 1º do art. 257), também nominada *esbulho possessório*, tem-se *invasão*, com violência à pessoa ou à coisa, ou com grave ameaça, ou mediante concurso de duas ou mais pessoas, de

terreno (terra nua) ou edifício (construção) sob administração militar. *Invadir* traduz-se pelo ingresso não autorizado, no tipo penal em foco, colorido pela violência ou grave ameaça, ou ainda pelo concurso de pessoas.

Violência, no sentido que lhe dá o dispositivo em estudo, trata-se da *vis corporalis*, ou seja, a violência física, podendo ser direcionada à coisa ou à pessoa. Não se exige que a violência seja resistível pelo sujeito passivo – aliás nem mesmo se exige que ele tente resistir; basta que seja empregada para que se possibilite a invasão.

A *ameaça*, como exige o próprio tipo, deve ser *grave*, ou seja, uma promessa de mal futuro apta a causar temor no sujeito passivo, consistindo em uma violência moral (*vis compulsiva*). Pode a ameaça ser oral, escrita, gestual etc. Não se exige, por outro lado, que o mal versado na ameaça seja injusto.

Por fim, mesmo sem violência ou grave ameaça, há a possibilidade do crime de esbulho, quando praticado em *concurso de duas ou mais pessoas* – note-se que o CP comum exige mais de duas pessoas no art. 161 –, devendo-se obedecer aos requisitos já exaustivamente enumerados, ou seja, pluralidade de condutas, relevância causal de cada uma das ações, liame subjetivo entre os agentes e identidade do fato.

O § 2º do art. 257 dispõe que, quando *há emprego de violência, fica ressalvada a pena a esta correspondente*. Em outros termos, além da pena correspondente à alteração de limites, à usurpação de águas e ao esbulho – observe-se que, apesar de não se exigir no tipo penal, a alteração de limites e a usurpação de águas podem ser praticadas com violência, de sorte que o § 2º em estudo se aplica às três modalidades do artigo em estudo –, o autor incorrerá na pena correspondente à violência, seja a morte ou a lesão corporal.

• **Elemento subjetivo:** os crimes de alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório somente se configuram a título de dolo, ou seja, a intenção, a vontade livre e consciente de usurpar imóveis ou águas sob administração militar para se apropriar deles, no todo ou em parte. Esse dolo, no entanto, é específico (elemento subjetivo especial do injusto), visto que deve haver a intenção de *apropriar-se*, no todo ou em parte, do imóvel, na figura do

caput, de alcançar *proveito*, para si ou para outrem, na figura do inciso I do § 1º, ou de, na visão doutrinária dominante, esbulhar o imóvel, na figura do inciso II do § 1º.

• **Consumação:** o crime em estudo se consuma com a efetiva alteração de limites (tapume, marca ou qualquer outro sinal divisório) na figura do *caput*, com o efetivo desvio ou represamento de águas, na figura do inciso I do § 1º, ou com a efetiva invasão do imóvel, na figura do inciso II do § 1º.

• **Tentativa:** tratando-se de crime plurissubsistente, admite-se a tentativa em todas as formas acima descritas.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 161 do Código Penal comum (assim como no art. 173 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal milirar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o objeto material do delito esteja sob a Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.2. Aposição, supressão ou alteração de marca

• **Tipo legal**

Art. 258. Apor, suprimir ou alterar, indevidamente, em gado ou rebanho

alheio, sob guarda ou administração militar, marca ou sinal indicativo de propriedade:

Pena – detenção, de seis meses a três anos.

• **Objetividade jurídica:** o objeto jurídico tutelado neste tipo penal militar é também o patrimônio. Postula-se, ademais, estar presente a tutela da posse, o que parece adequado sustentar neste tipo penal, já que se fala em animais sob guarda ou administração militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito no tipo penal do art. 258 pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1661]**.

O sujeito passivo é o titular do bem jurídico aviltado, ou seja, o Estado (União, Estados ou Distrito Federal), representado pela Instituição Militar, que tem a administração desses animais.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta no tipo penal em estudo é "apor", "suprimir" ou "alterar", indevidamente (ilegal, contrária à lei, constituindo elemento normativo do tipo), marca ou sinal indicativo de propriedade, em animais sob guarda da administração militar.

Apor significa pôr, colocar, verificando-se essa conduta, por exemplo, quando os animais não possuírem sinais indicativos de propriedade e o autor coloca tal sinal indevidamente. *Suprimir* significa eliminar, fazer desaparecer, tirar o sinal indicativo de propriedade que estava sobre o animal, também de forma indevida. Finalmente, *alterar* traduz-se pelo ato de modificar, no todo ou em parte, o sinal indicador de propriedade.

Frise-se que *marca* é a sobreposição de sinal ao couro do animal, como regra utilizando-se de ferro candente, mas admitindo-se outra forma, por exemplo, por substância química. *Sinal*, por sua vez, é todo elemento distintivo diverso da marca, como um objeto estranho preso ao animal, a exemplo da argola nos chifres.

A conduta é praticada sobre gado ou rebanho alheio. *Gado* significa o coletivo de animais de grande porte, como bois, cavalos etc. *Rebanho*, nesse contexto, refere-se ao conjunto de animais de pequeno porte, a exemplo de carneiros, porcos etc.**[1662]**. Frise-se, entretanto, que atualmente se utilizam as expressões sem a rigidez da distinção apontada, havendo quem as considere sinônimas**[1663]**. Esses animais, contudo, são alheios, ou seja, não podem pertencer ao autor, mas devem estar sob guarda ou administração militar, podendo, obviamente, ser a ela pertencente (União, Estados ou Distrito Federal).

• **Elemento subjetivo:** o crime em estudo somente pode ser perpetrado a título de dolo, ou seja, a intenção, a vontade livre e consciente de pôr, tirar ou alterar marca ou sinal de animais sob administração ou guarda militar.

Postula-se, com o que concordamos, que o dolo deve trazer uma finalidade específica (elemento subjetivo especial do injusto), caracterizada pela intenção de causar confusão sobre a propriedade do animal, para futuramente haver uma apropriação, sem o que não haveria esta figura típica, mas outra, a exemplo do crime de dano (art. 259 do CPM).

• **Consumação:** o delito se consuma com a simples aposição, supressão ou alteração da marca ou sinal, ainda que em apenas um animal.

• **Tentativa:** como se trata de delito plurissubsistente, admite-se a tentativa.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 162 do Código Penal comum (assim como no art. 174 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o objeto material do delito esteja sob a Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada,

reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7. DO DANO

7.1. Dano simples, dano atenuado e dano qualificado

• **Tipo legal**

Art. 259. Destruir, inutilizar, deteriorar ou fazer desaparecer coisa alheia:

Pena – detenção, até seis meses.

Parágrafo único. Se se trata de bem público:

Pena – detenção, de seis meses a três anos.

• **Objetividade jurídica:** o objeto jurídico tutelado neste tipo penal militar é também o patrimônio, pela propriedade de coisas móveis ou imóveis.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito no tipo penal do art. 259 pode ser qualquer pessoa, salvo se proprietário da coisa, podendo tratar-se de militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1664]**.

O sujeito passivo é o titular do bem jurídico aviltado, ou seja, o titular do direito de propriedade, podendo ser pessoa física ou jurídica.

• **Elementos objetivos:** as condutas nucleares no crime de dano simples são "destruir", "inutilizar", "deteriorar" ou "fazer desaparecer" coisa

alheia.

Destruir significa quebrar totalmente, fazer em pedaços, desfazer, subverter a coisa, a exemplo de incendiar o veículo alheio. *Inutilizar* importa em manter a coisa intacta, mas propiciar para que ela não se preste mais ao fim para o qual foi produzida, a exemplo de furar os olhos de um cão guia. *Deteriorar* significa fazer com que a coisa se desgaste mais do que seria normal pela ação do tempo ou fazer com que a coisa perca parte de sua utilidade, a exemplo de lançar tinta sobre um quadro artístico**[1665]**. Finalmente, *fazer desaparecer* resume-se no ato de sumir, tornar a coisa inalcançável, modalidade essa inexistente na legislação penal comum em vigor (art. 163 do CP), o que torna o CPM, neste ponto, mais efetivo que o CP, já que se evitam lacunas de punibilidade. Imagine que o autor derrame, por dolo, uma quantidade de ouro em pó alheio em alto-mar; o ouro em questão não foi destruído, inutilizado ou deteriorado mas, certamente, nunca mais será recuperado em sua totalidade, prejudicando, assim, o patrimônio de alguém.

O objeto material do delito é a coisa alheia, ou seja, qualquer coisa móvel ou imóvel, bastando que seja corpórea – as únicas passíveis de serem danifica-das –, exigindo-se que não pertença ao próprio agente (*alheia* – elemento normativo do tipo). Por óbvio, o crime não abrange o dano à *res derelicta* (abandonada) ou à *res nullius* (não pertencente a alguém), mas pode haver crime no dano praticado à *res desperdicta* (perdida).

Configura o delito em estudo, por exemplo, a conduta de militar "que, detido no interior de viatura policial, com os pés, quebra-lhe os vidros laterais e amassa as grades do xadrez" (TJMMG, Apel. Crim. 2.349, Proc. n. 19.914/2ª AJME, rel. Juiz Cel. PM Paulo Duarte Pereira, j. 22-3-2005), a de militares que efetuam, com desígnios de vontade, disparos de arma de fogo contra viatura policial, a fim de imputar a outrem o crime por eles praticado (TJMMG, Apel. Crim. 2.545, Proc. n. 18.423/3ª AJME, rel. Juiz Cel. PM Sócrates Edgard dos Anjos, j. 3-3-2009) ou a de "policiais militares que, em serviço de policiamento ostensivo, efetuam disparos contra veículos das vítimas, para fazê-las parar em barreira PM", claro, desde que ausente o *animus necandi* (TJMRS, Acórdão n. 4372-2008, rel. Juiz Antonio Carlos Maciel Rodrigues).

A pena cominada é de detenção de trinta dias a seis meses (pena mínima obtida de acordo com o art. 58 do CPM), mas o parágrafo único comporta forma qualificada, com pena de detenção de seis meses a três anos se o dano for praticado em bem público, ou seja, há uma qualificadora com base na qualidade da coisa, pertencente à União, aos Estados, ao Distrito Federal, ou aos Municípios.

Ainda a propósito da pena, convém trazer à discussão o **dano atenuado** previsto no art. 260 do CPM, *in verbis*:

"Art. 260. Nos casos do artigo anterior, se o criminoso é primário e a coisa é de valor não excedente a um décimo do salário mínimo, o juiz pode atenuar a pena, ou considerar a infração como disciplinar.

Parágrafo único. O benefício previsto no artigo é igualmente aplicável, se, dentro das condições nele estabelecidas, o criminoso repara o dano causado antes de instaurada a ação penal".

Norma semelhante, à exceção da indicação do *quantum* da atenuação, àquela prevista nos §§ 1º e 2º do art. 240 do CPM, para onde remetemos o leitor. Vale a pena consignar, no entanto, que o parágrafo único do art. 260 do CPM trata de curiosa previsão de arrependimento posterior, levando à atipicidade, já que, se o criminoso pagar o valor do dano antes da instauração da ação penal (recebimento da denúncia), poderá haver até mesmo a consideração da conduta como infração disciplinar, e não crime. Todavia, já se considerou o disposto no parágrafo único do art. 260 como perdão judicial, por exemplo, no Acórdão n. 1989.01.045900-6/RJ, do STM, julgado em 31 de maio de 1990, sob a relatoria do Ministro José Frederico Machado de Sant'Anna:

"I – Fato delitivo, que exsurge provado, em todos seus contornos. II – Ausentes os pressupostos legais, que *ensejam o perdão judicial, previsto no art. 260, parágrafo único, do CPM*. III – Agravante do artigo 70, inciso II, letra 'b', do CPM, que se mostra configurada, ante a prova de que o acusado encontrava-se de serviço. IV – Pena que se mostra exacerbada no seu 'quantum'. V – A unanimidade, provido parcialmente o recurso defensivo, reduzindo-se a pena imposta e mantido o beneficio do 'sursis'".

De outro giro, o **art. 261** do CPM traz a figura do **dano qualificado**, nos seguintes termos:

"Art. 261. Se o dano é cometido:

I – com violência à pessoa ou grave ameaça;

II – com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave;

III – por motivo egoístico ou com prejuízo considerável:

Pena – reclusão, até quatro anos, além da pena correspondente à violência".

Assim, além da qualificadora prevista no parágrafo único do art. 259 do CPM, temos, em primeiro plano, a qualificar o dano simples o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, ou seja, pelo modo de execução. *Violência*, no sentido que lhe dá o dispositivo em estudo, trata-se da *vis corporalis*, ou seja, a violência física, podendo ser direcionada somente à pessoa, ainda que não seja a proprietária da coisa. Não se exige que a violência seja resistível pelo sujeito passivo – aliás nem sequer se exige que ele tente resistir –, bastando que seja empregada para que se possibilite o dano. A *ameaça*, como exige o próprio tipo, deve ser *grave*, ou seja, uma promessa de mal futuro apta a causar temor no sujeito passivo, consistindo em uma violência moral (*vis compulsiva*). Pode consistir em ameaça oral, escrita, gestual etc. Não se exige, por outro lado, que o mal versado na ameaça seja injusto. Neste caso, a pena do dano é aplicada em cúmulo material àquela referente à violência.

Também se qualifica o delito de dano, mais uma vez pelo modo de execução, quando é cometido com emprego de substância inflamável ou explosiva, claro, se o fato não constituir crime mais grave, consistindo, como se verifica, forma subsidiária. *Inflamável* é a substância sólida, líquida ou gasosa que, por sua composição, proporciona combustão de maneira rápida e violenta, e. g., gasolina, álcool etc.**[1666]**. *Explosiva* é a substância que, uma vez acionada, provoca o estrondo acompanhado de deslocamento de energia, com a expansão de ar, caracterizando-se por uma onda de devastação do meio físico próximo ao

centro da explosão.

Por fim, qualificando o delito de dano pelos motivos está a prática do dano por motivo egoístico ou, qualificando pela gravidade objetiva de prejuízo à vítima, está o dano causado com prejuízo considerável. *Motivo egoístico* é aquele que resume o excesso de amor próprio a todo custo, sem se importar com as consequências de seus atos para as outras pessoas. Ao trazer a expressão *prejuízo considerável* (à vítima), a lei penal militar determina, expressamente, que se leve em consideração o patrimônio da vítima, com o fito de verificar qual o relevo do prejuízo causado, podendo variar essa qualificadora, dessarte, de vítima para vítima, dada a diversidade de capacidade econômica**[1667]**.

Frise-se, derradeiramente, que há similares formas qualificadas no paragrafo único do art. 163 do Código Penal comum, assim como no parágrafo único do art. 175 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM.

• **Elemento subjetivo:** os crimes de dano simples, dano atenuado e dano qualificado apenas são admitidos, conforme se extrai da previsão do art. 266 do CPM, sob a forma dolosa, ou seja, exige-se a vontade livre e consciente de causar dano à coisa alheia.

• **Consumação:** o delito de dano (simples, atenuado ou qualificado) se consuma com a efetiva destruição, inutilização, deterioração ou desaparecimento da coisa alheia.

• **Tentativa:** por se tratar de delito plurissubsistente, a tentativa é possível caso o autor execute ação que vai provocar dano, mas este não ocorre por circunstâncias alheias a sua vontade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais, ou seja, art. 163 do

Código Penal comum (assim como no art. 175 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e arts. 259 e 261 do CPM. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7.2. Dano em material ou aparelhamento de guerra

• **Tipo legal**

Art. 262. Praticar dano em material ou aparelhamento de guerra ou de utilidade militar, ainda que em construção ou fabricação, ou em efeitos recolhidos a depósito, pertencentes ou não às Forças Armadas:

Pena – reclusão, até seis anos.

• **Objetividade jurídica:** o objeto jurídico tutelado neste tipo penal militar é também o patrimônio.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito no tipo penal do art. 262 é qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1668]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é o Estado (União, Estados ou Distrito Federal), representado pela Instituição Militar, bem como, no caso de coisa não pertencente à Administração Militar, o proprietário da *res* danificada.

• **Elementos objetivos:** a conduta nuclear neste tipo penal é "praticar dano", que deve ser compreendida nos termos do art. 259 do CPM, ou seja, o ato

de destruir, inutilizar, deteriorar ou fazer desaparecer, com as conformações já explicadas no referido tipo penal.

Por outro lado, o objeto material não é qualquer coisa móvel ou imóvel, mas sim material ou aparelhamento de guerra ou de utilidade militar, ainda que em construção ou em fabricação. Acerca desses elementos típicos Célio Lobão afirma:

"Os bens protegidos pela norma penal são o material e o aparelhamento de guerra que compreendem aqueles utilizados em operação bélica e também o material ou aparelhamento militar usado em atividade própria do militar, estando esses bens em uso, recolhidos em depósito ou em processo de construção ou fabricação. O depósito, evidentemente, é militar, enquanto a construção ou fabricação é executada em estabelecimento militar.

Se o bem pertencente às Forças Armadas estiver em construção ou fabricação em empresa pública civil ou privada, indispensável o conhecimento da propriedade do bem por parte do agente e o dolo específico de causar dano a bem pertencente às instituições militares.

(...).

A expressão 'não pertencente às Forças Armadas' entende-se como os que não integram seu patrimônio, mas encontram-se legalmente sob sua administração. Compreende, ainda, essa expressão, os que pertencem à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros, ou estão legalmente sob a administração dessas corporações, limitados, porém, ao material de utilidade militar"**[1669]**.

Com efeito, o tipo penal possui um conceito certamente amplo, que deve ser restrito pelo mote interpretativo de que aquele bem deva ter uma destinação militar específica para a guerra, como sugere o *nomem juris* (*Dano em material ou aparelhamento de guerra*), ou seja, emprego na atividade própria da Instituição Militar destinada à guerra, entenda-se, regularmente, as Forças Armadas. A expressão "pertencentes ou não às Forças Armadas" não possibilita, com a devida vênia, que se entenda possível de enquadramento neste delito o dano ao material das Forças Auxiliares, já que o material deve ter aplicação beligerante. Bem verdade que, em caso de guerra declarada, as Forças

Auxiliares podem ser convocadas, mas, se essa situação extraordinária ocorrer, estaremos em período que exigirá a aplicação de crimes militares em tempo de guerra, em especial do art. 383 do CPM, e não a do tipo penal em estudo. Assim, parece-nos adequado postular que materiais pertencentes às Forças Auxiliares, a exemplo das viaturas das Polícias Militares – aliás, como demonstrado nos exemplos trazidos no art. 259 do CPM –, uma vez danificados, devem comportar subsunção no dano simples e suas variações (dano atenuado ou qualificado).

Mesmo no que concerne aos bens administrados pelas Forças Armadas, parece-nos adequado sustentar que devem eles, para haver subsunção no tipo penal do art. 262 do CPM, possuir elemento específico, característico, que os tornem de emprego bélico.

Malgrado nossa visão, é possível encontrar o entendimento de que viaturas militares, por exemplo, sem nenhuma característica bélica, apenas destinadas ao transporte de pessoal, sejam compreendidas como objeto material do delito em estudo. Nesse sentido, *vide*, no STM, a Apelação n. 1985.01.044500-5/RJ, julgada em 18 de fevereiro de 1986, sob relatoria do Ministro Ruy de Lima Pessoa:

"Dano culposo em viatura de utilidade militar seguido de lesões corporais. Considera-se de utilidade militar 'jeep' a serviço de unidade castrense, consubstanciando-se crime previsto no artigo 262 c/c o artigo 266, CPM, os danos nele causados. Lesões corporais culposas, 'ex vi' do artigo 210, parágrafo segundo, do CPM, produzidas em militar e em civil. Materialidade e autoria comprovadas. Cassa-se parte da sentença que decidiu apreender a carteira nacional de habilitação por infringir dispositivo legal (artigo 115, CPM). Dá-se provimento parcial ao apelo da defesa para diminuir a pena aplicada. Decisão unânime".

Mais recentemente, no entanto, na mesma Corte, surge tendência em considerar material de utilidade militar apenas os veículos operacionais, o que para nós é insuficiente, pois entendemos ser necessário que o veículo apresente alguma característica especial de emprego bélico, não se podendo perder de vista o *nomen juris* do crime (*Dano em material ou aparelhamento de guerra*). Nessa linha, o Recurso Criminal n. 2002.01.007048-1/RJ (j. em 18-2-2003, rel.

Min. Expedito Hermes Rego Miranda):

"DANO EM MATERIAL DE UTILIDADE MILITAR

I – *A viatura militar, ambulância operacional, na ocasião do acidente, encontrava-se em missão de preparo de que trata o art. 142, § 1º, da Carta Política da República, sendo, portanto, material de utilidade militar, a que alude o art. 262, do CPM.*

II – Segundo José Cretella Júnior: 'Emprego é o modo instrumental da utilização das Forças Armadas, em cada um dos objetivos que a regra jurídica constitucional lhe fixou, a saber, o emprego das três Armas para (a) a defesa da Pátria contra o inimigo externo, em caso de invasão, agressão ou permanência, em território nacional, (b) a garantia dos poderes constitucionais ou constituídos, (c) de defesa e garantia da lei e (d) defesa e garantia da ordem. Cabe à lei complementar estabelecer, para a 'organização', o 'preparo' e o 'emprego' dos homens das três Armas, as respectivas normas gerais'.

III – Recurso provido por decisão majoritária".

A norma penal militar em estudo, ademais, prevê como objeto material os "efeitos militares" recolhidos a depósitos, que, segundo Sílvio Martins Teixeira, "são todas as coisas que valem para os fins militares"**[1670]**, ampliando ainda mais a compreensão que buscamos restringir pelo emprego bélico, calcado no *nomem juris*.

• **Elemento subjetivo:** o crime previsto no art. 262 admite, em primeira análise, o dolo, ou seja, a intenção, a vontade livre e consciente de causar dano às coisas enumeradas pelo tipo.

Analisando o disposto no art. 266 do mesmo Código, no entanto, percebe-se a possibilidade de ocorrência de modalidade culposa, aplicando-se pena de detenção de seis meses a dois anos. Caso o agente seja oficial, aplica-se a pena de suspensão do exercício do posto, de um a três anos, ou reforma, esta, conforme expusemos na Parte Geral, não recepcionada pela Constituição da República. Caso resulte lesão corporal ou morte, aplica-se também a pena cominada ao crime culposo contra a pessoa, possibilitando, ainda, o artigo, que,

se o agente for oficial, seja imposta a pena de reforma, por nós já combatida, como acima dito.

• **Consumação:** o delito em estudo, assim como o dano simples, consuma-se com a sua efetiva causação.

• **Tentativa:** por se tratar de delito plurissubsistente, entende-se possível a tentativa, caso o autor execute ação que vai provocar dano mas este não ocorre por circunstâncias alheias a sua vontade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há tipificação substancialmente idêntica nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7.3. Dano em navio de guerra ou mercante em serviço militar

• **Tipo legal**

Art. 263. Causar a perda, destruição, inutilização, encalhe, colisão ou alagamento de navio de guerra ou de navio mercante em serviço militar, ou nele causar avaria:

Pena – reclusão, de três a dez anos.

§ 1º – Se resulta lesão grave, a pena correspondente é aumentada da metade; se resulta a morte, é aplicada em dobro.

§ 2º – Se, para a prática do dano previsto no artigo, usou o agente de

violência contra a pessoa, ser-lhe-á aplicada igualmente a pena a ela correspondente.

• **Objetividade jurídica:** o objeto jurídico tutelado neste tipo penal militar é também o patrimônio.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito no tipo penal do art. 263 pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1671]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é o Estado (União, Estados ou Distrito Federal), representado pela Instituição Militar, bem como o proprietário (pessoa jurídica ou física) da coisa danificada, quando não pertencente à Administração Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo do tipo neste delito é causar *perda* (desaparecimento, extravio), *destruição* (quebrar totalmente, fazer em pedaços), *inutilização* (apesar de inteiro, de intacto o navio, não se presta mais à navegação), *encalhe* (perda da capacidade de navegação por estar preso a um obstáculo, seja areia, seja recife etc.), *colisão* (abalroamento do navio em obstáculo físico móvel ou fixo – choque), *alagamento* (encher de água) ou *avaria* (qualquer outro evento físico que não os já individualizados).

O objeto material é o navio de guerra ou o navio mercante em serviço militar. *Navio*, conforme expõe o § 3º do art. 7º do próprio Código Penal Militar, é *toda embarcação sob comando militar*, tratando-se de embarcação de grande porte, equipada com armamento próprio para luta no mar, no rio ou lagoa. Navio mercante é a embarcação de grande porte, utilizada para fins comerciais, transportando pessoas ou cargas"**[1672]**.

Mais uma vez, a exemplo do artigo anterior, entendemos que a aplicação do art. 263 restringe-se às Forças Armadas, visto que, se menciona *navio de guerra*, devendo o *navio mercante em serviço militar* com ele guardar paralelismo.

A pena cominada ao crime (reclusão de 3 a 10 anos), pelo disposto no § 1º do art. 263, é acrescida da metade se do ato praticado pelo agente resultar lesão corporal grave, o que leva também à subsunção nesta regra da lesão corporal gravíssima. Lesão corporal *grave* deve ser compreendida nos termos do § 1º do art. 209 do CPM, ou seja, aquela que traz perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias. Lesão corporal gravíssima tem por parâmetro o § 2º do art. 209 do CPM, compreendendo a que produz enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, ou deformidade duradoura. Para compreender o significado de cada elemento dessas lesões, remetemos o leitor aos comentários ao art. 209, *retro*. Ainda por previsão do § 1º do art. 263, há a causa especial de aumento de pena quando do dano resultar a *morte*, em que a pena será aplicada em dobro. Em ambos os casos, a lesão ou a morte são produzidas a título de culpa, porquanto, se a violência contra a pessoa for empregada dolosamente, incidirá a regra do § 2º do art. 263, conforme a qual, além de se aplicar a pena do *caput*, será aplicada, em cúmulo material, a pena correspondente à violência.

• **Elemento subjetivo:** em primeiro plano, o crime previsto no art. 263, em comentário, admite o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de praticar o dano em navio de guerra ou mercante em serviço militar.

Analisando o disposto no art. 266 deste Código, no entanto, percebe-se a possibilidade de ocorrência de modalidade culposa, aplicando-se pena de detenção de seis meses a dois anos. Caso o agente seja oficial, aplica-se a pena de suspensão do exercício do posto, de um a três anos, ou reforma, esta, conforme expusemos na Parte Geral, não recepcionada pela Constituição da República. Caso resulte lesão corporal ou morte, aplica-se também a pena cominada ao crime culposo contra a pessoa, possibilitando, ainda, o artigo, que, se o agente for oficial, seja imposta a pena de reforma, por nós já combatida.

• **Consumação:** o delito de dano em navio de guerra ou mercante em serviço militar se consuma com a efetiva prática do dano por uma das condutas nucleares.

• **Tentativa:** por se tratar de crime plurissubsistente, admite-se a tentativa, na modalidade dolosa, caso o autor execute ação que vai provocar dano mas este não ocorre por circunstâncias alheias a sua vontade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7.4. Dano em aparelhos e instalações de aviação e navais, e em estabelecimentos militares

• **Tipo legal**

Art. 264. Praticar dano:

I – em aeronave, hangar, depósito, pista ou instalações de campo de aviação, engenho de guerra motomecanizado, viatura em comboio militar, arsenal, dique, doca, armazém, quartel, alojamento ou em qualquer outra instalação militar;

II – em estabelecimento militar sob regime industrial, ou centro industrial a serviço de construção ou fabricação militar:

Pena – reclusão, de dois a dez anos.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nos parágrafos do artigo anterior.

• **Objetividade jurídica:** o objeto jurídico tutelado neste tipo penal militar é também o patrimônio.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito no tipo penal do art. 264 pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1673]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é o Estado (União, Estados ou Distrito Federal), representado pela Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** a conduta nuclear neste tipo penal é "praticar dano", que deve ser compreendida nos termos do art. 259 do CPM, ou seja, o ato de destruir, inutilizar, deteriorar ou fazer desaparecer, com as conformações já explicadas no referido tipo penal.

O dano, no entanto, é praticado em aeronave (avião, helicóptero etc.), hangar (construção destinada à acomodação de aeronaves), depósito (construção destinada à acomodação de materiais em geral), pista (espaço destinado ao pouso e decolagem de aeronaves) ou instalações de campo de aviação (construções em espaço destinado ao pouso e à decolagem de aeronaves, geralmente próximas à pista), engenho de guerra motomecanizado ("viatura com ou sem armamento destinado ao transporte de tropa, ao lançamento de foguete, torpedo, bomba, enfim todo aparelhamento de utilização bélica"**[1674]**). Pode ainda o dano ser provocado em viatura em comboio militar (conjunto de viaturas destinadas ao transporte de tropa ou coisas), arsenal (local de fabricação de armamento de guerra), dique (construção de composição variada, como pedras, areia, madeira etc., destinada ao desvio ou contenção de águas do mar ou de rio), doca (construção em portos dotados de cais, destinada ao abrigo de mercadorias), armazém (construção destinada ao estoque de gêneros, geralmente de subsistência), quartel (instalação física, protegida por sistema próprio, geralmente sentinelas, destinada à acomodação e adestramento de militares e de sua administração), alojamento (instalação destinada ao repouso, no caso do tipo em estudo, de militares) ou em qualquer outra instalação militar (inciso I), ou ainda em estabelecimento militar sob regime industrial, ou centro industrial a serviço de construção ou fabricação militar (inciso II). Em face da elementar *qualquer outra instalação militar*, exige-se que todas as instalações e aparelhos citados estejam sob administração militar; mas, tendo por base a

elementar *engenho de guerra motomecanizado*, guardando um paralelismo com as demais elementares, deve-se buscar interpretação restritiva, segundo a qual os bens enumerados somente serão objeto do delito se afetos às Forças Armadas, excluindo-se seus similares relativos às Forças Auxiliares.

Conforme o disposto no parágrafo único do art. 264 em estudo, aplicam-se aqui os parágrafos do artigo precedente (art. 263). Dessa forma, a pena cominada ao crime (reclusão de 2 a 10 anos), pelo disposto no § 1º do art. 263, é acrescida da metade se do ato praticado pelo agente resultar lesão corporal grave, o que leva também à subsunção nesta regra da lesão corporal gravíssima. Lesão corporal *grave* deve ser compreendida nos termos do § 1º do art. 209 do CPM, ou seja, aquela que traz perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias. Lesão corporal gravíssima tem por parâmetro o § 2º do art. 209 do CPM, compreendendo a que produz enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, ou deformidade duradoura. Para compreender o significado de cada elemento dessas lesões, remetemos o leitor aos comentários ao art. 209, *retro*. Ainda por previsão do § 1º do art. 263, há a causa especial de aumento de pena quando do dano resultar a *morte*, em que a pena será aplicada em dobro. Em ambos os casos, a lesão ou a morte são produzidas a título de culpa, porquanto, se a violência contra a pessoa for empregada dolosamente, incidirá a regra do § 2º do art. 263, conforme a qual, além de se aplicar a pena do *caput*, será aplicada, em cúmulo material, a pena correspondente à violência.

• **Elemento subjetivo:** em primeiro plano, o crime previsto no art. 264 admite o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de praticar o dano em navio de guerra ou mercante em serviço militar.

Analisando o disposto no art. 266 deste Código, no entanto, percebe-se a possibilidade de ocorrência de modalidade culposa, aplicando-se pena de detenção de seis meses a dois anos. Caso o agente seja oficial, aplica-se a pena de suspensão do exercício do posto, de um a três anos, ou reforma, esta, conforme expusemos na Parte Geral, não recepcionada pela Constituição da

República. Caso resulte lesão corporal ou morte, aplica-se também a pena cominada ao crime culposo contra a pessoa, possibilitando, ainda, o artigo, que, se o agente for oficial, seja imposta a pena de reforma, por nós já combatida.

• **Consumação:** o delito em foco se consuma com a efetiva prática do dano por uma das condutas nucleares nos aparelhos ou instalações enumerados no tipo penal.

• **Tentativa:** por se tratar de crime plurissubsistente, admite-se a tentativa, na modalidade dolosa, caso o autor execute ação que vai provocar dano mas este não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7.5. Desaparecimento, consunção ou extravio

• **Tipo legal**

Art. 265. Fazer desaparecer, consumir ou extraviar combustível, armamento, munição, peças de equipamento de navio ou de aeronave ou de engenho de guerra motomecanizado:

Pena – reclusão, até três anos, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** o objeto jurídico tutelado neste tipo penal militar é também o patrimônio.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito no tipo penal do art. 265 pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1675]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é o Estado (União, Estados ou Distrito Federal), representado pela Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** as condutas nucleares do tipo penal do art. 265 são "fazer desaparecer" (sumir, tornar a coisa inalcançável), "consumir" (gastar, usar, extinguir) e "extraviar" (dar caminho incerto e não sabido à coisa).

O objeto material do delito é combustível, armamento, munição, peças de equipamento de navio ou de aeronave ou de engenho de guerra motomecanizado. *Combustível* é substância utilizada para a realização de combustão em motores com o objetivo de gerar, de forma direta ou indireta, propulsão e movimento de veículos, embarcações ou aeronaves. *Armamento* é instrumento ou mecanismo preparado para proporcionar vantagem em ataque ou defesa em uma luta, batalha ou guerra, na atualidade caracterizada pelo lançamento, por expansão de gases, por exemplo, de projétil. *Munições* trata-se de petrechos necessários a um exército ou para a defesa de uma praça de guerra com a utilização de armamento que os acionam, em geral compostos por elementos como cápsula, projétil, carga de projeção e espoleta; na atualidade, as munições podem compor mecanismos autossuficientes de defesa, sem a necessidade de utilização de armamento, podendo ser acionadas diretamente pelo usuário, a exemplo de munições químicas, explosivas, fulmígenas etc. *Peças de equipamento de navio ou de aeronave ou de engenho de guerra motomecanizado* são quaisquer componentes dessas estruturas, essenciais para seu funcionamento, ou seja, sem as quais os equipamentos não podem ser utilizados de acordo com sua destinação.

Aqui também, em face da elementar *engenho de guerra motomecanizado*, deve-se buscar um paralelismo com as demais elementares, de sorte que, restritivamente, os armamentos, as munições etc., devem estar sob administração militar, e apenas das Forças Armadas (*guerra*), excluindo-se seus

similares relativos às Forças Auxiliares. Situação comum, especialmente nas Polícias Militares, é o extravio de armamento (revólveres e pistolas) e suas munições, que pertencem ao Estado e que foram confiadas como carga ao Militar. Em geral, os extravios se dão por culpa (especialmente a negligência), e, em nossa opinião, deveriam ser considerados apenas ilícito civil e disciplinar, e não ilícito penal militar – frise-se que, como veremos abaixo, este crime pode ser cometido a título de culpa. A interpretação da inexistência de crime na possibilidade apresentada, além de afeiçoar-se a uma visão calcada na mínima intervenção penal, ganha corpo se entendermos a necessidade de verificar um paralelismo nos objetos materiais, tomando-se como parâmetro a expressão típica *engenho de guerra*, que indica a necessidade de que os objetos tenham fim bélico. Nossa visão, para manter a coerência, deve ser sustentada inclusive na comparação de tais objetos com o combustível, que deve também guardar paralelismo, ou seja, o combustível em discussão não pode ser o empregado em viaturas, embarcações e aeronaves comuns, mas apenas o empregado em veículos, embarcações ou aeronaves de guerra. O mesmo se diga das peças de aeronave e de navio, que devem, a exemplo dos engenhos, ser destinadas à atividade beligerante.

Reconhecemos, no entanto, que nossa visão não está em alinho com a doutrina e a jurisprudência, que têm aceitado a ocorrência deste delito no seio da Polícia Militar. Nesse sentido, Célio Lobão:

"Os bens protegidos são combustível, armamento, munição, peças de navio, de avião, de engenho de guerra motomecanizado, todos, evidentemente, integrando o patrimônio militar federal ou sob essa administração. Caracteriza-se o delito independentemente do local onde se encontrem.

Integram o patrimônio da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militares ou estão sob administração dessas instituições militares estaduais, o combustível, o armamento, a munição, a peça de embarcação, de aeronave, excluindo-se o engenho de guerra motomecanizado, que é privativo das Forças Armadas"**[1676]**.

Jurisprudencialmente, no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, a Apelação Criminal n. 5.992/09 (Feito n. 49.390/07, 4ª Auditoria),

julgada em 27 de junho de 2010, sob relatoria do Juiz Cel. PM Orlando Giraldi: "Incorre em desaparecimento, consunção ou extravio culposo o policial militar que perde armamento e munição, por negligência, ao manter a presilha do coldre aberta e não usar o fiel, enquanto conduzia motocicleta em terreno irregular. Ao crime de desaparecimento culposo de armamento e munição é vedado aplicar o princípio da insignificância, ou os benefícios previstos nos arts. 303, § 4º, e 260, ambos do Código Penal Militar".

No Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul, no mesmo sentido, ou seja, entendendo ser possível o delito em discussão no âmbitos das instituições militares estaduais, *vide* o Recurso em Sentido Estrito n. 1261-91.2010.9.21.000 (j. em 2-6-2010, rel. Juiz João Vanderlan Rodrigues Vieira): "Recurso em sentido estrito interposto pelo representante do Ministério Público contra decisão de Juíza de Direito Substituta, que rejeitou denúncia. Extravio de armamento. Se os fatos apurados oferecem guarida à pretensão do recorrente, uma vez que os elementos coligidos convergem para a tipicidade, em tese, da conduta imputada, deve ser instaurada a ação penal. Recurso ministerial provido. Decisão unânime".

• **Elemento subjetivo:** em primeiro plano, o crime previsto no art. 265 admite o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de praticar o dano em navio de guerra ou mercante em serviço militar. Todavia, analisando o disposto no **art. 266** deste Código, no entanto, percebe-se a possibilidade de ocorrência de modalidade culposa, aplicando-se pena de detenção de seis meses a dois anos. Caso o agente seja oficial, aplica-se a pena de suspensão do exercício do posto, de um a três anos, ou reforma, esta, conforme expusemos na Parte Geral, não recepcionada pela Constituição da República. Caso resulte lesão corporal ou morte, aplica-se também a pena cominada ao crime culposo contra a pessoa, possibilitando, ainda, o artigo, que, se o agente for oficial, seja imposta a pena de reforma, por nós já combatida.

Esta a redação do art. 266, *in verbis*:

"Art. 266. Se o crime dos arts. 262, 263, 264 e 265 é culposo, a pena é de detenção de seis meses a dois anos; ou, se o agente é oficial, suspensão do exercício do posto de um a três anos, ou reforma; se resulta lesão corporal ou morte, aplica-se também a pena cominada ao crime culposo contra a pessoa,

podendo ainda, se o agente é oficial, ser imposta a pena de reforma".

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de qualquer uma das condutas apontadas no tipo, ou seja, com o consumo, extravio ou o desaparecimento dos materiais mencionados no tipo.

• **Tentativa:** é possível, por se tratar de crime plurissubsistente, por exemplo, quando o autor executa ação que vai provocar dano, mas este não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

8. DA USURA

8.1. Usura pecuniária

• **Tipo legal**

Art. 267. Obter ou estipular, para si ou para outrem, no contrato de mútuo de dinheiro, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade do mutuário, juro que excede a taxa fixada em lei, regulamento ou ato oficial:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Casos assimilados

§ 1º Na mesma pena incorre quem, em repartição ou local sob administração militar, recebe vencimento ou provento de outrem, ou permite que estes sejam recebidos, auferindo ou permitindo que outrem aufira proveito cujo valor excede a taxa de três por cento.

Agravação de pena

§ 2º A pena é agravada, se o crime é cometido por superior ou por funcionário em razão da função.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo, o patrimônio é o objeto de tutela.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1677]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a pessoa mutuária que se encontrava nas situações descritas no tipo penal.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é obter, ou seja, conseguir por iniciativa da outra parte, ou estipular, que significa fixar, por iniciativa pessoal, taxa de juros excedente àquela fixada em lei, regulamento ou ato oficial. O autor, assim, contrata mútuo de dinheiro, mas com a percepção ou definição de juros excessivos, díspares daqueles fixados em ato oficial, podendo a estipulação ser em favor do próprio autor ou de terceiro.

Grande discussão neste tipo penal está em saber qual é a taxa de juros fixada em norma, havendo entendimento de que não haveria possibilidade de preenchimento desse elemento típico em face da revogação do § 3º do art. 192 da CF pela Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003, que fixava a taxa em 12% ao ano. Mesmo antes dessa Emenda, é preciso ressaltar, alguns entendiam a norma constitucional como de eficácia limitada, portanto,

carecendo de regulamentação. Nesse sentido, *vide*, do Superior Tribunal Militar, o Recurso Criminal n. 1998.01.006469-4/RJ, julgado em 28 de abril de 1998, sob relatoria do Ministro João Fellipe Sampaio de Lacerda Junior:

"USURA PECUNIÁRIA. ATIPICIDADE. DENÚNCIA REJEITADA.

A regra estabelecida no parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal de 1988, dispondo sobre o limite de doze por cento ao ano para as taxas de juros reais, não é autoaplicável porque de eficácia limitada, sendo imprescindível a edição de Lei Complementar para regulamentar a matéria.

Em consequência, também é inaplicável a legislação existente sobre a matéria, com vigência anterior à Carta Política de 1988, emergindo a impossibilidade de ser reconhecida a tipicidade penal da usura pecuniária, justamente pela carência de definição do elemento normativo do tipo.

Recurso improvido, decisão majoritária".

Todavia, de forma majoritária e mais recente, tem-se tomado por parâmetro como norma fixadora o Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, conhecido como "Lei da Usura", sendo irrelevante, portanto, a vigência ou não do dispositivo constitucional supracitado. Nessa linha, também do Superior Tribunal Militar, a Apelação n. 2009.01.051531-3/RJ, julgada em 5-2-2010, tendo como relator o Ministro José Coêlho Ferreira:

"APELAÇÃO. DEFESA. PRELIMINAR. INTEMPESTIVIDADE. RECUR-SO. 'PARQUET' MILITAR. MEMBRO MPM RETIROU-SE DA AUDIÊNCIA ANTES DO SEU TÉRMINO SEM APOR O 'CIENTE' NA SENTENÇA. PRELIMINAR REJEITADA. DECISÃO UNÂNIME. ART. 267 DO CPM. USURA PECUNIÁRIA. MILITARES COTISTAS DE 'CAIXINHA' UTILIZADA PARA EMPRÉSTIMOS DE INTEGRANTES E TERCEIROS. TAXA ABUSIVA. CRIME CONFIGURADO. APELO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. O prazo recursal inicia-se com a intimação pessoal do Membro do Ministério Público Militar, sobretudo se a Ata da Audiência de Leitura da Sentença consigna 'MP a intimar', em face da saída do referido membro antes do seu término sem apor o seu ciente da Sentença. Preliminar rejeitada. Decisão

unânime.

2. Militares que se organizam em sistema de cotas instituindo 'caixinha' em conta-poupança utilizada para empréstimos a juros de dez por cento ao mês, tanto para cotistas como terceiros, cometem o crime de usura pecuniária insculpido no art. 267 do CPM.

3. Os juros de dez por cento ao mês, por si só, pode configurar o 'abuso' referido no tipo penal do art. 267 do CPM, vez que muito acima da taxa legal prevista no Decreto n. 22.626/33 – Lei da Usura.

4. Apelação provida. Decisão unânime".

Analisando a "Lei da Usura", extrai-se que o máximo que pode ser estipulado em taxa de juros é 12% ao ano, conforme o disposto no § 3º do art. 1º desse diploma:

"Art. 1º É vedado, e será punido nos termos desta Lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1.062).

(...)

§ 3º A taxa de juros deve ser estipulada em escritura pública ou escrito particular, e, não o sendo, entender-se-á que as partes acordaram nos juros de 6% ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial".

Em outros termos, como se aclarou na já citada Apelação n. 2009.01.051531-3/RJ, o dispositivo citado da "Lei da Usura" estabelece que é vedado e passível de punição a estipulação de taxa de juros superiores ao dobro da taxa legal, estabelecendo como base o valor de 6% ao ano.

Em conclusão, o mútuo de dinheiro com estipulação de taxa de juros superior a 12% ao ano tem sido considerado abusivo e, portanto, poderá preencher o elemento normativo do tipo penal militar em análise ("juro que excede a taxa fixada em lei, regulamento ou ato oficial").

Há, porém, outro elemento a ser preenchido no tipo penal, também –

assim nos parece – de ordem normativa, que se caracteriza pela demonstração do abuso da premente necessidade, inexperiência ou leviandade do mutuário.

A *premente necessidade* se caracteriza por uma extrema motivação que não deixa ao mutuário, dada a situação emergencial e sua carência de recursos, outra alternativa senão tomar emprestado o valor de que necessita. Como exemplo, tome-se a necessidade de recurso financeiro para a promoção de socorro médico, para saldar dívida que tem seu imóvel como garantia etc.

A *inexperiência* do mutuário é caracterizada pela sua falta de vivência, que pode ser constatada não só em relação à falta de astúcia financeira, mas também por não ter o conhecimento, a experiência que se adquire somente com o passar dos anos.

Finalmente, a *leviandade do mutuário* está ligada à sua alienação, ou seja, muito embora seja uma pessoa experiente, seu descuido ou distração levam-no a tomar emprestada certa quantia a juros exorbitantes.

O § 1º do art. 267 equipara a modalidade do *caput* à conduta da pessoa que recebe vencimento ou provento de outrem, ou permite que estes sejam recebidos, auferindo ou permitindo que outrem aufira proveito excedente a 3%, desde que o fato seja praticado em repartição ou lugar sob a Administração Militar. Neste caso, a conduta se desdobra em duas: primeiro, há o acesso ao vencimento (salário) ou provento (de aposentadoria, p. ex.) de outrem, recebendo-o ou permitindo que alguém o receba; sequencialmente, há a percepção de um *quantum* excedente a 3% sobre esse valor, podendo ser a qualquer título, já que o tipo penal militar nada consigna. Como muito bem adverte Jorge César de Assis, embora possível, essa modalidade dificilmente ocorrerá, porquanto, na atualidade, os servidores civis e militares recebem vencimentos diretamente creditados em contas bancárias**[1678]**.

Como já sustentamos, *lugar sob a administração militar*, em nossa opinião e na ausência de norma legal definidora, deve compreender três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela administração militar e segurança.

Sobre referidos critérios *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao

art. 146 desta Parte Especial.

O § 2º do artigo em estudo traz uma causa especial de aumento de pena se o autor for superior, em face de seu institucional e moral dever de funcionar como orientador seguro, conselheiro confiável de seus subordinados. O mesmo gravame se impõe ao autor que é funcionário e praticou o delito no exercício da função, o que é compreensível em vista de ele ter maculado a responsabilidade e a confiança que lhe foram atribuídas ao assumir sua função. Como não há o *quantum* dessa majoração de pena, deve-se utilizar o parâmetro do art. 73 do CPM.

• **Elemento subjetivo:** neste crime somente se consagra a modalidade dolosa, ou seja, há de haver a intenção, a vontade livre e consciente de obter ou estipular taxa de juros excessiva, ou de perceber (ou permitir que outrem perceba) valor excedente a 3% dos vencimentos ou proventos recebidos em favor de um terceiro.

O fato de o produto do delito ter destino certo, ou seja, o patrimônio do próprio autor ou de terceiro, torna o dolo específico (elemento subjetivo especial do tipo ou do injusto).

• **Consumação:** o delito se consuma com a obtenção ou com a estipulação do juro excessivo, ou com a obtenção de proveito superior a 3%, na modalidade do § 1º do art. 267.

• **Tentativa:** não se admite por ser delito instantâneo.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, na modalidade do *caput*, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar não seja substancialmente idêntico àquele previsto no art. 4º da Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, há semelhante previsão no art. 195 do Código Penal comum de 1969 (Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969), revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação

para o CPM. O mesmo não ocorre com a previsão do caso assimilado do § 1º do art. 267, que, quando perpetrada por militar da ativa, conhece enquadramento no inciso I do art. 9º do CPM.

Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, em ambas as modalidades, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

9. *SURSIS*, LIVRAMENTO CONDICIONAL E LIBERDADE PROVISÓRIA

Os delitos previstos neste capítulo são suscetíveis de suspensão condicional da pena, conforme se extrai do disposto no art. 88 do CPM, assim como de concessão de livramento condicional.

A liberdade provisória também poderá ser concedida nestes delitos, respeitados os parâmetros do art. 270 do CPPM.

CRIMES MILITARES EM TEMPO DE PAZ: DOS CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA

1. DOS CRIMES DE PERIGO COMUM

1.1. Incêndio

• **Tipo legal**

Art. 268. Causar incêndio em lugar sujeito à administração militar, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena – reclusão, de três a oito anos.

§ 1º A pena é agravada:

Agravação de pena

I – se o crime é cometido com intuito de obter vantagem pecuniária para si ou para outrem;

II – se o incêndio é:

a) em casa habitada ou destinada a habitação;

b) em edifício público ou qualquer construção destinada a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura;

c) em navio, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo;

d) em estação ferroviária, rodoviária, aeródromo ou construção portuária;

e) em estaleiro, fábrica ou oficina;

f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável;

g) em poço petrolífero ou galeria de mineração;

h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.

§ 2º Se culposo o incêndio:

Incêndio culposo

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo, a incolumidade pública é o objeto de tutela.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1679]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta do tipo penal em foco é "causar", ou seja, ensejar, provocar, dar origem etc. O autor, portanto, causa incêndio, em outros termos, põe fogo em algo, configurando-se o delito desde que o incêndio provocado exponha a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, consistindo em um número indeterminado de pessoas, para atender ao escopo do capítulo em que o crime está inserido ("crimes de perigo comum").

Destaque-se que a conduta só caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à administração militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, a nosso ver e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três

critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

Sem o preenchimento desse elemento espacial, o delito será comum:

"Denúncia pelo crime previsto no art. 268 do CP Militar, atribuído a Oficial de Polícia Militar. Incêndio em prédio comercial. Conhecimento da espécie afeto à Justiça comum. A simples condição de policial militar, por si só, não é bastante para firmar-se a competência da Justiça Militar Estadual, pois é necessário também que o indiciado seja acusado da prática de infração definida em lei como militar, constituindo-se, assim, o fato crime comum, porquanto é requisito essencial à tipificação de hipótese delitiva de índole *especial que o incêndio seja cometido em lugar sujeito à administração militar*, como previsto no art. 268 do estatuto repressivo, o que não se configurou, pois o evento deu-se em prédio de entidade de natureza civil. Despacho mantido integralmente, por maioria, para que o Juiz *a quo* suscite conflito negativo de jurisdição". (g. n.) (TJMRS, Recurso em Sentido Estrito n. 251/87, rel. Juiz Dr. José Luiz Vieira, 1988, t. I, p. 121).

O § 1º traz causas especiais de aumento de pena, havendo majoração (nos termos do art. 73 do CPM, já que o dispositivo silencia em relação ao *quantum* de majoração), no inciso I, quando o agente tiver o dolo específico de causar o incêndio para obtenção de vantagem pecuniária pessoal ou para outrem. Essa vantagem há de ser de cunho patrimonial, não se exigindo a sua efetiva percepção, uma vez que o tipo penal consagra a vantagem pecuniária como motivo impulsionador da conduta, o que leva a simples promessa a ser apta à subsunção nesta forma majorada. Nessa esteira, havendo efetiva percepção da vantagem, indiferente se ela ocorre antes ou depois da prática da conduta, bastando que o intuito de percebê-la seja anterior.

O inciso II do mesmo parágrafo traz outras possibilidades de majoração, quando o incêncio é praticado: *a) em casa habitada ou destinada a habitação; b) em edifício público ou qualquer construção destinada a uso público*

ou a obra de assistência social ou de cultura; c) em navio, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo; d) em estação ferroviária, rodoviária, aeródromo ou construção portuária; e) em estaleiro, fábrica ou oficina; f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável; g) em poço petrolífero ou galeria de mineração; h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.

A modalidade culposa, prevista no § 2º, caracteriza-se quando o agente causa o incêndio por imperícia, imprudência ou negligência.

O crime em análise não exige resultado naturalístico para sua consumação, sendo, como veremos adiante, um crime de perigo concreto. Todavia, caso sobrevenha o dano efetivo, deverá haver a aplicação do disposto no art. 277 do CPM. Segundo esse dispositivo, "se do crime doloso de perigo comum resulta, além da vontade do agente, lesão grave, a pena é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço". Inclua-se aqui, claro, também a lesão gravíssima.

Obviamente, a primeira parte do artigo *supra* trata da forma preterdolosa, evidenciada pela expressão "além da vontade do agente". Caso o agente queira ou assuma o risco de produção do resultado afrontador da integridade física ou da vida, haverá hipótese de concurso de crimes.

• **Elemento subjetivo:** tanto o dolo como a culpa, expressa esta no § 2º do artigo em análise.

• **Consumação:** o delito se consuma no momento em que o fogo passa a trazer perigo à incolumidade pública. Percebe-se que o crime em análise é de perigo, e não de dano; logo, não é necessária a efetiva lesão à integridade física ou ao patrimônio, mas exige-se que esse perigo seja demonstrado (perigo concreto) para a configuração do delito, sem o que haverá hipótese de crime impossível.

Nesse sentido, a Correição Parcial n. 2000.01.001723-5/DF (STM, j. em 29-8-2000, rel. Min. Antonio Carlos Nogueira):

“Crime de incêndio.

Para haver o crime de incêndio é condição indeclinável o perigo concreto, e não presumido, para número indeterminado de pessoas ou bens. No caso, não ficou caracterizado o risco a pessoas ou bens.

Não há crime, se o agente não tinha consciência de que o fogo poderia se alastrar, pondo em risco pessoas ou coisas.

Correição Parcial indeferida.

Decisão majoritária”.

• **Tentativa:** é possível, na modalidade dolosa, quando o incêndio não chega a oferecer risco à incolumidade pública por circunstâncias alheias à vontade do agente (p. ex., a intervenção do Corpo de Bombeiros).

Importante, neste ponto, trazer à baila a lição de César Dario Mariano:

“Observamos que quando o sujeito é surpreendido com a gasolina ou outra substância inflamável antes de iniciar a execução do crime de incêndio, que era seu intuito, praticará atos preparatórios impuníveis. O simples fato de possuir ou portar substância incendiária, como o álcool ou a gasolina, é fato atípico”**[1680]**.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 250 do Código Penal comum (assim como no art. 278 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra em lugar sujeito à Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se

buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.2. Explosão

• **Tipo legal**

Art. 269. Causar ou tentar causar explosão, em lugar sujeito à administração militar, expondo a perigo a vida, a integridade ou o patrimônio de outrem:

Pena – reclusão, até quatro anos.

Forma qualificada

§ 1º Se a substância utilizada é dinamite ou outra de efeitos análogos:

Pena – reclusão, de três a oito anos.

Agravação de pena

§ 2º A pena é agravada se ocorre qualquer das hipóteses previstas no § 1º, n. I, do artigo anterior, ou é visada ou atingida qualquer das coisas enumeradas no n. II do mesmo parágrafo.

§ 3º Se a explosão é causada pelo desencadeamento de energia nuclear:

Pena – reclusão, de cinco a vinte anos.

Modalidade culposa

§ 4º No caso de culpa, se a explosão é causada por dinamite ou substância de efeitos análogos, a pena é detenção, de seis meses a dois anos; se é causada pelo desencadeamento de energia nuclear, detenção de três a dez anos; nos demais casos, detenção de três meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo, a incolumidade pública é o objeto de tutela.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1681].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "causar" e "tentar causar", constituindo-se também em crime de atentado. O autor causa, provoca, ou tenta causar (monta engenho explosivo) explosão, ou seja, detonação de substância que cause estrondo, expansão de ar e expila energia[1682].

Essa conduta, entretanto, só será delituosa quando a explosão ou a expectativa dela expuser ou puder expor (no caso da tentativa) a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, consistindo em um número indeterminado de pessoas, para atender ao escopo do capítulo em que o crime está inserido ("crimes de perigo comum").

Embora também seja classificado como crime de perigo concreto, e não de dano, a demonstração do perigo para a consumação do delito torna-se inócua, pois, se o agente iniciar a conduta sem expor a perigo outras pessoas, mas com essa intenção, o fato de ser um crime de atentado ("tentar provocar") implicará a consumação do delito.

Destaque-se que a conduta só caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à administração militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, a nosso ver e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

Os §§ 1º e 3º preveem a explosão qualificada em vista do material empregado (dinamite ou substância análoga, admitindo-se interpretação analógica) ou de ser decorrente de energia nuclear, em face do maior potencial ofensivo proporcionado nessas circunstâncias. As penas nesses casos serão de reclusão, de três a oito anos, no caso de emprego de dinamite, ou de reclusão, de cinco a vinte anos, no caso de emprego de energia nuclear, muito maiores que a pena cominada à modalidade simples, de reclusão de um a quatro anos (aplicando-se o disposto no art. 58 do CPM).

O § 2º refere-se às causas especiais de aumento de pena previstas nos incisos I e II do § 1º do art. 268 do CPM. Assim, o delito de explosão terá a pena majorada – nos termos do art. 73 do CPM, já que o dispositivo silencia em relação ao *quantum* de majoração – quando o agente tiver o dolo específico de causar o incêndio para obtenção de vantagem pecuniária pessoal ou para outrem. Essa vantagem há de ser de cunho patrimonial, não se exigindo a sua efetiva percepção, pois o tipo penal consagra a vantagem pecuniária como motivo impulsionador da conduta, o que leva a simples promessa a ser apta à subsunção nesta forma majorada. Assim, havendo a efetiva percepção da vantagem, indiferente se ela ocorre antes ou depois da prática da conduta, bastando que o intuito de percebê-la seja anterior.

Também haverá majoração da pena, nos termos do inciso II do § 1º do art. 268 do CPM, quando a explosão for praticada: *a) em casa habitada ou destinada a habitação; b) em edifício público ou qualquer construção destinada a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura; c) em navio, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo; d) em estação ferroviária, rodoviária, aeródromo ou construção portuária; e) em estaleiro, fábrica ou oficina; f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável; g) em poço petrolífero ou galeria de mineração; h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.*

O § 4º do art. 269, em comentário, prevê a modalidade culposa, em que o agente causa o incêndio por imperícia, imprudência ou negligência, mas assegura penas mais severas se ocorrerem, simultaneamente, as circunstâncias qualificadoras da explosão.

O crime em análise não exige resultado naturalístico para sua consumação, sendo, como já observamos, um crime de perigo concreto. Todavia, caso sobrevenha o dano efetivo, deverá haver a aplicação do disposto no art. 277 do CPM. Segundo esse dispositivo, “se do crime doloso de perigo comum resulta, além da vontade do agente, lesão grave, a pena é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço”. Inclua-se aqui, também, a lesão gravíssima.

Obviamente, a primeira parte do artigo *supra* trata da forma preterdolosa, evidenciada pela expressão “além da vontade do agente”. Caso o agente queira ou assuma o risco da produção do resultado afrontador da integridade física ou da vida, haverá a hipótese de concurso de crimes.

Discutindo a aplicação do art. 277 do CPM, *vide* a Apelação n. 1987.01.044966-3/AM (STM, j. em 17-9-1987, rel. Min. Heitor Luiz Gomes de Almeida):

“Crimes culposos de perigo comum – Explosão de substância de efeitos análogos ao da dinamite (trotil) – E de lesão corporal, bem como de inobservância de lei, regulamento ou instrução. Denúuncia por infração do artigo 269, parágrafo quarto, c/c o artigo 277 (primeiro acusado), do artigo 210 (segundo acusado) e do artigo 324 (ambos os acusados), tudo do cpm. Insuficiência de prova quanto aos crimes de perigo comum e de lesão corporal. Provada a prática, por negligência, do crime de inobservância de lei, regulamento ou instrução. Providos, em parte, os apelos da defesa e do Ministério Público Militar, absolvem--se o primeiro acusado do crime do artigo 269, parágrafo quarto, c/c o artigo 277 (decisão unânime) e o segundo acusado do crime do artigo 210 (decisão por maioria), observada a regra do artigo 439, alínea ‘e’, do cppm, e condenam-se a ambos como incursos no artigo 324 (decisão por maioria)”.

• **Elemento subjetivo:** tanto o dolo como a culpa, expressa esta no § 4º do artigo em comento.

• **Consumação:** o delito se consuma no momento em que a conduta em questão passa a trazer perigo à incolumidade pública, seja pela explosão praticada, seja pela montagem de aparato para tal.

• **Tentativa:** é equiparada à consumação pelo próprio tipo, não havendo que falar em tentativa de tentativa. Em outros termos, trata-se de crimes de atentado, ou de consumação antecipada, compreendidos como "aqueles que a lei tipifica como perfeitos, ainda que não cheguem a ofender o bem objeto de tutela. Não admitem a forma tentada porque, neles, a consumação se faz com aquele mínimo necessário para integrar a tentativa"**[1683]**.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 251 do Código Penal comum (assim como no art. 279 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra em lugar sujeito à administração militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.3. Emprego de gás tóxico ou asfixiante

• **Tipo legal**

Art. 270. Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, em lugar sujeito à administração militar, usando de gás tóxico ou

asfixiante ou prejudicial de qualquer modo à incolumidade da pessoa ou da coisa:

Pena – reclusão, até cinco anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo, a incolumidade pública é o objeto de tutela.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1684]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta do tipo penal do art. 270 é "expor", ou seja, fomentar o contato com a substância tóxica ou asfixiante. Em outros termos, o autor expõe a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, consistindo em um número indeterminado de pessoas, para atender ao escopo do capítulo em que o crime está inserido ("crimes de perigo comum").

A exposição a perigo, ademais, deve decorrer do uso de gás tóxico ou asfixiante. Vicenzo Manzini, citado por Mirabete e Renato Fabbrini, ensina que gás tóxico é "toda substância que se encontra em estado gasoso ou que para ser utilizada deve passar ao estado de gás ou de vapor, empregada em razão de seu poder tóxico para fins inerentes a esse poder ou que, embora sendo empregada para fins diversos, é perigosa para a segurança e incolumidade pública"**[1685]**. Como exemplos tomem-se o ácido cianídrico, o amoníaco e o anidro sulfuroso. Gás asfixiante ou sufocante, prosseguem Mirabete e Fabbrini, "é o que atua mecanicamente sobre as vias respiratórias, provocando sufocação, dificultando ou impedindo a respiração"**[1686]**. Os autores exemplificam com o gás lacrimogênio, cujo uso abusivo, simplesmente com o intuito de causar dano à

integridade das pessoas, pode configurar este delito. São ainda exemplos de asfixiantes os gases de cloro, de bromo e de fosgeno. Obviamente que o uso de outros gases que não se classificam sob essas duas denominações constituirá fato atípico para a previsão do tipo penal militar em estudo, o que requer, para a conclusão da adequação típica, a produção de prova pericial.

Destaque-se que a conduta só caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à administração militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

O crime em análise não exige resultado naturalístico para sua consumação, sendo um crime de perigo concreto. Todavia, caso sobrevenha o dano efetivo, deverá haver a aplicação do disposto no art. 277 do CPM. Segundo esse artigo, "se do crime doloso de perigo comum resulta, além da vontade do agente, lesão grave, a pena é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço". Inclua-se aqui, também, a lesão gravíssima.

Obviamente, a primeira parte do artigo *supra* trata da forma preterdolosa, evidenciada pela expressão "além da vontade do agente". Caso o agente queira ou assuma o risco de produção do resultado afrontador da integridade física ou da vida, haverá hipótese de concurso de crimes.

O parágrafo único prevê a modalidade culposa, em que o agente causa o perigo pelo uso de gás tóxico ou asfixiante por imperícia, imprudência ou negligência. Nesse caso, a pena aplicada é a de detenção, de seis meses a dois anos, bem aquém da modalidade dolosa do *caput*, cuja pena, por aplicação do art. 58 do CPM, é de reclusão, de um a cinco anos.

- **Elemento subjetivo:** tanto o dolo como a culpa, expressa esta no

parágrafo único do artigo em análise.

• **Consumação:** o delito se consuma no momento em que o uso do gás tóxico ou asfixiante passa a trazer perigo à incolumidade pública, constituindo delito de perigo concreto, sem o qual se configura a hipótese de crime impossível.

• **Tentativa:** é possível no caso do uso do gás ocorrer por dolo, mas não chegar a trazer perigo à incolumidade pública.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 252 do Código Penal comum (assim como no art. 280 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra em lugar sujeito à administração militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.4. Abuso de radiação

• **Tipo legal**

Art. 271. Expor a perigo a vida ou a integridade física de outrem, em lugar sujeito à administração militar, pelo abuso de radiação ionizante ou de substância radioativa:

Pena – reclusão, até quatro anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo, a incolumidade pública é o objeto de tutela.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1687]**. Visão um pouco diferente possui Jorge César de Assis, para quem, conquanto "o crime possa ser praticado tanto por militar como por civil, parece-nos que o sujeito ativo deva ser um técnico em física nuclear, ou deter considerável conhecimento sobre o assunto"**[1688]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "expor", ou seja, propiciar o contato. Em outras letras, o autor expõe a perigo a vida ou a integridade física de outrem, consistindo em um número indeterminado de pessoas, para atender ao escopo do capítulo em que o crime está inserido ("crimes de perigo comum").

A exposição a perigo deve decorrer do abuso de radiação ionizante ou de substância radioativa.

Ionizante é o que forma íons, que, por sua vez, podem ser definidos como "átomo, molécula ou grupo destes, eletricamente carregados"**[1689]**. *Radiação* é termo que, em física, "designa a emissão de energia, seja por meio de ondas, seja por meio de partículas"**[1690]**. Nesse contexto, *radiação ionizante* pode ser definida como a emissão de energia capaz de ionizar, ou a radiação "cuja energia é suficientemente alta de modo a provocar a ionização ao atravessar um determinado meio. Em particular, este tipo de radiação pode, em

doses mais altas, causar danos à saúde humana, afetando diretamente processos biológicos de células"[1691], afetando, portanto, o material genético (DNA), e levando a doenças graves, a exemplo do câncer. São exemplos de radiação ionizante as partículas alfa, as partículas beta (elétrons e prótons), os raio gama, os raios e os nêu-trons[1692].

Substância radioativa, por sua vez, consiste naquela capaz de emitir radiação, ou seja, emitir "energia (raios gama [g] ou eletromagnéticos) e corpúsculos (raios alfa [a] e beta [b]) pelos núcleos dos átomos de certos elementos químicos de elevado peso atômico. Pode ser natural (nas séries do urânio, tório e actínio) ou artificial (em outros 60 elementos), por bombardeio com núcleos de hélio ou neutrônios"[1693].

Evidentemente, para a verificação dessas substâncias exigi-se perícia indicando o potencial radioativo capaz de ofender a integridade corporal ou a vida.

Destaque-se que a conduta só caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à administração militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

O crime em análise não exige resultado naturalístico para sua consumação, sendo um crime de perigo concreto. Todavia, caso sobrevenha o dano efetivo, deverá haver a aplicação do disposto no art. 277 do CPM. Segundo esse dispositivo, "se do crime doloso de perigo comum resulta, além da vontade do agente, lesão grave, a pena é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço". Inclua-se aqui, também, a lesão gravíssima.

Obviamente, a primeira parte do artigo *supra* trata da forma preterdolosa, evidenciada pela expressão "além da vontade do agente". Caso o agente queira ou assuma o risco de produção do resultado afrontador da integridade física ou da vida, haverá hipótese de concurso de crimes.

O parágrafo único prevê a modalidade culposa, em que o agente causa o perigo pelo abuso de radiação ionizante ou de substância radioativa por imperícia, imprudência ou negligência. Nesse caso, a pena aplicada é a de detenção, de seis meses a dois anos, bem aquém da modalidade dolosa do *caput*, cuja pena, por aplicação do art. 58 do CPM, é de reclusão, de um a quatro anos.

• **Elemento subjetivo:** tanto o dolo como a culpa, expressa esta no parágrafo único do artigo em comento.

• **Consumação:** o delito se consuma no momento em que a sujeição à radiação ionizante ou à substância radioativa passa a trazer perigo à incolumidade pública, constituindo um delito de perigo concreto, sem o qual se configura hipótese de crime impossível.

• **Tentativa:** é possível no caso de a exposição à radiação ocorrer por dolo mas não chegar a trazer perigo à incolumidade pública.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, embora haja semelhante tipificação do delito no art. 281 do Código Penal comum de 1969 (Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969), revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal milirar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato seja cometido em lugar sob a Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do

CPM.

1.5. Inundação

• **Tipo legal**

Art. 272. Causar inundação, em lugar sujeito à administração militar, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena – reclusão, de três a oito anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo, a incolumidade pública é o objeto de tutela.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1694]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é “causar”, ou seja, provocar, ocasionar a inundação.

Inundação consiste no alagamento, cobertura, total ou parcial, de um local de notável extensão (terreno, construção etc.) por água, não sendo esse sítio destinado a recebê-las. Assim, o autor, por ação ou omissão, propicia o desvio dos limites naturais ou artificiais de um curso ou represamento de águas, lançando-as em local não propício para tal finalidade.

Como o próprio tipo exige, é necessário que a conduta exponha a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, consistindo em um

número indeterminado de pessoas, para atender ao escopo do capítulo em que o crime está inserido ("crimes de perigo comum").

Note-se, por outro lado, que não se exige como resultado o efetivo dano à vida, integridade física ou patrimônio, sendo um crime de perigo concreto. Todavia, caso sobrevenha o dano efetivo, deverá haver a aplicação do disposto no art. 277 do CPM. Segundo esse dispositivo, "se do crime doloso de perigo comum resulta, além da vontade do agente, lesão grave, a pena é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço". Inclua-se aqui, também, a lesão gravíssima.

Obviamente, a primeira parte do artigo *supra* trata da forma preterdolosa, evidenciada pela expressão "além da vontade do agente". Caso o agente queira ou assuma o risco da produção do resultado afrontador da integridade física ou da vida, haverá hipótese de concurso de crimes.

Destaque-se que a conduta só caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à administração militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

O parágrafo único prevê a modalidade culposa, em que o agente causa a inundação por imperícia, imprudência ou negligência. Nesse caso, a pena aplicada é a de detenção, de seis meses a dois anos, bem aquém da modalidade dolosa do *caput*, cuja pena, por aplicação do art. 58 do CPM, é de reclusão, de três a oito anos.

• **Elemento subjetivo:** tanto o dolo como a culpa, expressa esta no parágrafo único do artigo em foco.

• **Consumação:** o delito se consuma no momento em que a inundação,

efetivamente causada, passa a trazer perigo à incolumidade pública, ou seja, quando surge a situação de perigo.

• **Tentativa:** é possível no caso de a inundação ocorrer por dolo, mas não chegar a trazer perigo à incolumidade pública.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 254 do Código Penal comum (assim como no art. 283 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra em lugar sujeito à Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.6. Perigo de inundação

• **Tipo legal**

Art. 273. Remover, destruir ou inutilizar obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, em lugar sujeito à administração militar:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo, a incolumidade pública é o objeto de tutela.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1695]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "remover" (tirar, afastar, transferir do local original), "destruir" (extinguir, fazer desaparecer) ou "inutilizar" (tornar inútil ao fim para o qual existe ou foi criado) obstáculo natural (aclive, declive, depressão etc.) ou obra (muro, dique, comporta etc.) destinada a impedir inundação (alagamento, cobertura, total ou parcial, por água), desde que a conduta exponha a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, consistindo em um número indeterminado de pessoas, para atender ao escopo do capítulo em que o crime está inserido ("crimes de perigo comum"). Curiosamente, o artigo em estudo, embora um tipo alternativo misto, não contemplou em suas condutas alternativas todas as possibilidades de causar a inundação, mas apenas a remoção, destruição ou inutilização, de sorte que outras condutas, como a colocação de obstáculo artificial capaz de causar inundação, são fatos atípicos, salvo se causarem a efetiva inundação com risco à coletividade, quando incidirá o delito do art. 272 do CPM.

Note-se, por outro lado, que não se exige como resultado o efetivo dano à vida, integridade física ou patrimônio, sendo, pois, um crime de perigo concreto. Todavia, caso sobrevenha o dano efetivo, deverá haver a aplicação do disposto no art. 277 do CPM. Segundo esse dispositivo, "se do crime doloso de perigo comum resulta, além da vontade do agente, lesão grave, a pena é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço". Inclua-se aqui, também, a lesão gravíssima.

A primeira parte do artigo *supra* trata da forma preterdolosa, evidenciada pela expressão "além da vontade do agente". Caso o agente queira ou assuma o risco da produção do resultado afrontador da integridade física ou da

vida, haverá hipótese de concurso de crimes.

Evidentemente, aqui, a inundação perigosa (à incolumidade pública) não ocorre efetivamente ou, se ocorre, não se dá em vista do comportamento do autor, pois, se assim fosse, a tipificação seria do delito de inundação (art. 272 do CPM), o qual absorve este. Serve o presente tipo penal apenas como instrumento de reprimenda a ato preparatório daquele. Em outros termos, e. g., caso o agente, por exemplo, destrua um dique, sem que isso leve a uma efetiva inundação, mas cause perigo à coletividade, teremos a configuração do delito em estudo; contudo, se o comportamento do agente gerar a efetiva inundação e esta, por motivos alheios à vontade do agente, não causar perigo, teremos a configuração do delito capitulado no art. 272 do CPM, na forma tentada; por fim, caso o comportamento do agente gere a efetiva inundação e esta cause perigo à coletividade, teremos a configuração do delito capitulado no art. 272 do CPM, na forma consumada.

Destaque-se que a conduta só caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à administração militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

• **Elemento subjetivo:** é tão somente o dolo.

• **Consumação:** o delito se consuma no momento em que o comportamento do autor (remoção, destruição ou inutilização do obstáculo ou obra que impede a inundação) passa a trazer perigo à incolumidade pública.

• **Tentativa:** é possível no caso de o autor iniciar uma das condutas sabendo que pode causar perigo à coletividade, mas sem desejá-lo, e ser interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 255 do Código Penal comum (assim como no art. 284 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra em lugar sujeito à Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.7. Desabamento ou desmoronamento

• **Tipo legal**

Art. 274. Causar desabamento ou desmoronamento, em lugar sujeito à administração militar, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena – reclusão, até cinco anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo, a incolumidade pública é o objeto de tutela.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o

civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1696].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "causar" (promover, originar, dar causa). O autor causa desabamento (queda total ou parcial de construção) ou desmoronamento (queda total ou parcial de relevo natural), em local sujeito à administração militar, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem. Não é necessário que o dano a esses três bens jurídicos mencionados ocorra, uma vez que esse é um crime de perigo; basta, portanto, a sua real possibilidade.

Destaque-se que a conduta só caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à administração militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

O parágrafo único prevê a modalidade culposa, em que o agente causa o desabamento ou o desmoronamento por imperícia, imprudência ou negligência.

• **Elemento subjetivo:** tanto o dolo como a culpa, expressa esta no parágrafo único do artigo em comento.

• **Consumação:** o delito se consuma no momento em que o desabamento ou desmoronamento provocado pelo autor passa a trazer perigo à incolumidade pública.

• **Tentativa:** é possível no caso do desmoronamento ou do desabamento ocorrer por dolo, mas não chegar a trazer perigo à incolumidade pública.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 256 do Código Penal comum (assim como no art. 285 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra em lugar sujeito à Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.8. Subtração, ocultação ou inutilização de material de socorro

• **Tipo legal**

Art. 275. Subtrair, ocultar ou inutilizar, por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade, aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento; ou impedir ou dificultar serviço de tal natureza:

Pena – reclusão, de três a seis anos.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo, a incolumidade pública é o objeto de tutela.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1697]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "subtrair" (tirar), "ocultar" (esconder, suprimir) ou "inutilizar" (tornar inútil ao fim para o qual existe ou foi criado); o autor subtrai, oculta ou inutiliza qualquer objeto destinado ao combate (enfrentamento) do perigo, socorro ou salvamento, como cordas, colete salva-vidas, extintores de incêndio etc.; a questão crucial é que o autor assim o faz em momento de calamidade (incêndio, naufrágio, desmoronamento, desabamento, inundação, explosão, desastre etc.).

O legislador ainda previu, no mesmo tipo, a situação em que o autor não atua sobre os objetos necessários aos socorros mencionados, mas sobre o próprio serviço, impedindo que se pratiquem as ações necessárias ao auxílio exigido pelo evento calamitoso, por exemplo, não abrindo passagens que permitam melhor acesso ao local dos fatos pelos socorristas.

• **Elemento subjetivo:** é tão somente o dolo.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de qualquer das condutas anunciadas pelo tipo.

• **Tentativa:** a tentativa é possível no caso de o autor empenhar-se em qualquer das condutas descritas, mas ser impedido de finalizá-las por motivos alheios à sua vontade (intervenção de terceiros, p. ex.).

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais, ou seja, o art. 257 do Código Penal comum (assim como no art. 286 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e o art. 259 do CPM. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação

típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.9. Fatos que expõem a perigo aparelhamento militar

• **Tipo legal**

Art. 276. Praticar qualquer dos fatos previstos nos artigos anteriores deste capítulo, expondo a perigo, embora em lugar não sujeito à administração militar, navio, aeronave, material ou engenho de guerra motomecanizado ou não, ainda que em construção ou fabricação, destinados às Forças Armadas, ou instalações especialmente a serviço delas:

Pena – reclusão de dois a seis anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Comentários

É a prática do incêndio, da explosão, do emprego de gás tóxico ou asfixiante, do abuso de radiação, da inundação e da subtração, ocultação ou inutilização de material de socorro que possa trazer perigo de dano a móvel (navio, aeronave, material ou engenho de guerra motomecanizado) ou imóvel sob administração militar ou a serviço militar. Pune-se a conduta a título de dolo ou culpa, esta em face do potencial ou real prejuízo ao poderio bélico da Força a que pertence o bem envolvido.

1.10. Formas qualificadas pelo resultado

• **Tipo legal**

Art. 277. Se do crime doloso de perigo comum resulta, além da vontade do agente, lesão grave, a pena é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

Comentários

São causas de aumento de pena em vista do resultado, não pretendido, lesivo à vida ou à integridade física (lesão corporal grave e gravíssima na conduta dolosa e lesão corporal em qualquer grau na conduta culposa) de terceiro, aplicáveis a todos os crimes de perigo comum praticados a título de dolo ou culpa.

1.11. Difusão de epizootia ou praga vegetal

• **Tipo legal**

Art. 278. Difundir doença ou praga que possa causar dano a floresta, plantação, pastagem ou animais de utilidade econômica ou militar, em lugar sob administração militar:

Pena – reclusão, até três anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. No caso de culpa, a pena é de detenção, até seis meses.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo, a incolumidade pública é o objeto de tutela.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1698].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é “difundir” (espalhar). O autor difunde doença ou praga em local sujeito à administração militar, que atinge vegetais (florestas, plantações e pastagens) ou animais que tenham utilidade econômica (valor comercial) ou militar (geralmente cavalos e cães, mas pode ser qualquer outro animal que esteja sendo utilizado em pesquisas científicas militares). Não é necessário que o dano aos animais e vegetais decorrentes da difusão ocorra, uma vez que este é um crime de perigo; basta, portanto, a sua real possibilidade.

O parágrafo único prevê a modalidade culposa, em que o agente causa a difusão da praga ou doença por imperícia, imprudência ou negligência.

• **Elemento subjetivo:** tanto o dolo como a culpa, expressa esta no parágrafo único do artigo em comentário.

• **Consumação:** o delito se consuma no momento em que se difunde a praga ou doença que possa trazer perigo à incolumidade pública.

• **Tentativa:** é possível. Seria o caso do agente que não consegue efetivar a difusão por ter sido descoberto (flagrado) quando estava prestes a inocular, na cavalhada, a substância que dolosamente preparou e que continha o agente causador da doença.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 259 do Código Penal comum (assim como no art. 288 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra em lugar sob Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada,

reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.12. Embriaguez ao volante

• **Tipo legal**

Art. 279. Dirigir veículo motorizado, sob administração militar na via pública, encontrando-se em estado de embriaguez, por bebida alcoólica, ou qualquer outro inebriante:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo, a incolumidade pública é o objeto de tutela.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1699]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** antes de incursionarmos nos elementos típicos, devemos discutir se o Código de Trânsito Brasileiro revogou ou não este artigo.

Quando comentamos, na Parte Geral, o art. 9º do CPM, manifestamos nossa opinião em favor de que os crimes de lesão corporal e de homicídio culposos na condução de veículo automotor, enquadrados em uma das hipóteses do referido artigo deveriam ser subsumidos pelo Código de Trânsito Brasileiro, e não pelo Código Penal Militar.

Naquela ocasião, asseveramos que todo e qualquer homicídio e lesão

corporal culposos, praticados na condução de veículo automotor, viatura ou não, devem ser compreendidos à luz dos arts. 302 e 303 da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito).

Para arrimar nossa compreensão, argumentamos que o homicídio e a lesão corporal previstos no Código Penal Militar, inegavelmente, possuem cunho genérico, não definindo, como o faz o Código de Trânsito, o instrumento do crime: veículo automotor. Nesse sentido, em face do aparente conflito de normas, devemos aplicar os princípios para sua solução, exaltando, no caso em análise, o princípio da especialidade, segundo o qual a lei mais específica é aplicada em detrimento da mais genérica (*lex specialis derogat generali)*.

Com efeito, o Código Penal Militar também é legislação especial; contudo, parece-nos evidente que os crimes de trânsito da Lei n. 9.503/97 contêm, para se invocar o princípio da especialidade, os exigidos *elementos especializantes* no tipo penal, sendo, pois, mais específicos que os referentes à lesão corporal e ao homicídio no Código Castrense.

Em nossa ótica, nesse contexto, o Código de Trânsito derrogou os arts. 206 e 210, combinados com as alíneas *a*, *b*, *c* e *d* do inciso II do art. 9º todos do Código Penal Militar**[1700]**, devendo aquele diploma, nos crimes de trânsito, prevalecer à aplicação deste, ainda mais porque a aplicação do Código de Trânsito é melhor para o agente, que poderá ser beneficiado com vários institutos inaplicáveis ao caso, se o crime for considerado militar.

Não é o que ocorre no art. 279 do Código Penal Militar. Note-se que o tipo penal militar em foco aproxima-se da descrição típica do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, mas, diferentemente do que ocorre com o homicídio e a lesão corporal culposos, possui elemento especializante exigindo que o veículo automotor esteja sob a administração militar.

Assim, entendemos ainda vigente o art. 279 do CPM, razão pela qual veremos seus elementos típicos.

O núcleo da conduta é "dirigir", ou seja, conduzir veículo automotor, pressupondo a ideia de movimento, não comportando, pois, a conduta estática, p. ex., quando o sujeito ativo embriagado estiver com o veículo estacionado ou

parado. Exige-se, como se verifica, que o autor esteja em estado de embriaguez. A *embriaguez* aqui tratada – de certo voluntária e/ou incompleta, pois se involuntária e completa afastará a imputabilidade, nos termos do art. 49 do CPM –, deve ser constatada, em regra, por profissionais da área médica, que realizarão perícia no agente supostamente embriagado.

A perícia pode lançar mão de dois exames: o clínico e o de dosagem de substância (laboratorial).

O primeiro (exame clínico) decorre da observação do médico sobre os efeitos da substância no militar, utilizando-se para tal da avaliação de vários quesitos, lembrados por José da Silva Loureiro Neto, como: "aparência (sonolento, faces congestas, olhos vermelhos, baba, soluço, vômito, vestes desalinhadas), atitude (excitado, arrogante, loquaz, deprimido), orientação no tempo e no espaço (onde está, que dia e que horas são), memória (onde mora, lembra-se do que fez), prova de cálculo simples, elocução (fala com clareza, consegue ler trecho qualquer), marcha e equilíbrio (anda com os olhos fechados), coordenação motora (apanha um objeto pequeno), prova escrita, pupilas (dimensões, reações), sensibilidade (tátil, térmica e dolorosa) e hálito"**[1701]**. Necessário que se diga que tal perícia não carece de autorização do autor, pois depende tão só da observação médica e de eventual colaboração do interessado, mas, mesmo que inexista, não impede que o médico tire suas conclusões pelos quesitos de que dispõe.

O segundo é o exame de dosagem, na corrente sanguínea, de substância que leve à embriaguez, o que exige coleta de material orgânico do sujeito ativo e, por esse motivo, carece de prévia autorização do próprio periciado, mesmo porque, para tanto, se promove lesão corporal no suspeito. Ademais, como bem se firmou com o passar dos tempos, ninguém está obrigado a produzir prova que possa ser usada contra si próprio (*nemo tenetur se detegere*), constituindo um direito público subjetivo do suspeito, corolário do princípio da presunção do estado de inocência, grafado no inciso LVII do art. 5º da Lei Maior, e do direito ao silêncio, que não se restringe, assim postula a doutrina unânime, ao preso, assegurado no inciso LXIII do art. 5º da CF**[1702]**. Essa construção, note-se, impede que se tome qualquer medida contra o recalcitrante

suspeito que se negue a fornecer material orgânico, seja na esfera penal (crime de desobediência, p. ex.), seja na esfera disciplinar, visto que os princípios enumerados não se restringem somente ao Direito Penal ou Processual Penal, mas possuem *status* constitucional.

O exame clínico é de resultado instantâneo e o de dosagem de substância poderá demorar horas ou, em face de questões burocráticas, até dias, dependendo das condições do laboratório no qual se processará.

No que concerne à embriaguez por álcool – a mais usual, verificando-se na quase totalidade dos casos existentes –, a valoração do exame clínico e de dosagem foi alvo de muitas discussões nas oportunidades em que divergiam. Até um passado recente o exame de dosagem, por ser "mensurado matematicamente", preponderava. Assim, se o exame clínico apontasse alcoolizado, e o de dosagem (cujo resultado chegaria dias depois), embriagado, deveria ser baixada Portaria de IPM para a apuração do fato. O inverso poderia promover a soltura do acusado e o arquivamento do feito por inexistência de crime. A interpretação, entretanto, vem se modificando nos últimos tempos, pois se percebeu, corretamente, que a mesma quantidade de álcool no sangue de pessoas com diferentes resistências a essa droga influía, por consequência, nos resultados concernentes à capacidade de autodeterminação de cada uma delas. Em vista disso, passou-se a dar mais importância ao que se verifica no aspecto físico e mental (exame clínico) para concluir se o agente está ou não embriagado por álcool. Felizmente, deve-se lembrar, a lei penal militar não definiu a quantidade de álcool por litro de sangue para a constatação da embriaguez, o que leva à possibilidade de o Conselho de Justiça avaliar o caso concreto sem esse objetivo parâmetro, diversamente do que prevê o art. 306 do CTB, que admite a embriaguez ao volante quando houver 6 decigramas ou mais de álcool por litro de sangue.

Questão interessante cinge-se à possibilidade de ocorrência do delito sem haver laudo constatando a embriaguez ao volante, mas, sim, forte conteúdo probatório evidenciando o fato. A existência do laudo pericial é muito importante, porém não é imprescindível para o reconhecimento do delito em casos nos quais, por exemplo, seja impossível a constatação da embriaguez por profissional habilitado. O juiz, calcado nas provas produzidas no bojo do processo, poderá

chegar à conclusão da embriaguez ao volante, já que o juiz, como se sabe, é o perito dos peritos (*peritus peritorum*). Anuindo nessa visão, Damásio de Jesus, ao comentar a embriaguez ao volante à luz do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), consignou que a não obrigatoriedade de produção de provas incriminadoras pelo acusado não desprotege a ordem social, já que, "na área criminal, mantido o delito de embriaguez ao volante, o fato pode ser provado mesmo na ausência do exame do 'bafômetro', de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: 'Havendo outros elementos probatórios, de regra, lícitos, legítimos e adequados para demonstrar a verdade judicialmente válida dos fatos, não há razão para desconsiderá-los sob o pretexto de que o art. 158 do CPP admite, para fins de comprovação da conduta delitiva, apenas e tão somente, o respectivo exame pericial'"**[1703]**. Também esse é o comportamento dos tribunais, a exemplo do que decidiu o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

"*Ementa*: Na impossibilidade de realização do exame de dosagem alcoólica, a condenação deve ser embasada na prova testemunhal indicativa da condição do policial militar na ocasião, além da própria admissão de seu estado de embriaguez. A falta de revista ou preleção à equipe, apesar de destoar da prática profissional costumeira, não caracteriza omissão do superior hierárquico e nem ilide a conduta praticada pelo agente" (Ap. Crim. 5.198/03, Proc. n. 30.653/01, 1ª Auditoria, rel. Juiz Paulo Prazak, j. 7-10-2004)**[1704]**.

Especificamente quanto ao crime em estudo, do Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul, *vide* a Apelação Criminal n. 4245-2007, que teve por relator o Juiz João Carlos Bona Garcia:

"Art. 279 do CPM (embriaguez ao volante). Sentença condenatória. Recurso da defesa. Arguiu preliminar de nulidade do julgamento com base no art. 500, inc. IV, do CPPM. No mérito, ataca a não realização de perícia, a qual comprovaria o estado de embriaguez do policial e a fragilidade probatória dos autos. Preliminar rejeitada. Palavras da juíza foram de cunho elucidativo. Decisão fundamentada, inexiste vício. *Conduta do apelante devidamente comprovada. O próprio militar assumiu estar embriagado. Prova testemunhal uníssona no sentido de que o policial militar encontrava-se fortemente alcoolizado.*

Exame clínico nesse sentido. Decisão unânime. O Tribunal rejeita a preliminar e, no mérito, nega provimento ao recurso defensivo". (g. n.)

Outro ponto a ser investigado diz respeito à possibilidade de embriaguez por outra substância que não o álcool, a exemplo de substâncias entorpecentes como a cocaína e outras drogas ilícitas. A embriaguez é um estado físico e mental que, particularmente nas atividades cotidianas das Instituições Militares, significa um risco extremado para a consecução dos objetivos de cada Força, sendo irrelevante ao tipo penal se provém esse estado do álcool, da cocaína, ou, enfim, de qualquer outra substância que possa gerá-lo. Por essa razão, haverá o delito se o militar, por exemplo, estiver conduzindo veículo automotor em via pública sob efeito de substância entorpecente. Aliás, o próprio tipo penal em estudo dispõe que o crime ocorre quando o autor se encontra *em estado de embriaguez, por bebida alcoólica, ou qualquer outro inebriante*, deixando claro que não é o álcool a única substância a levar à embriaguez.

O veículo dirigido não carece ser da Administração Militar, mas precisa estar *sob administração militar*, incluindo-se, portanto, não só aquele pertencente à Instituição Militar, mas também o que está a seu propósito, a exemplo dos conveniados.

Também é necessário que o fato se dê em via pública, ou seja, de acesso de veículos e pessoas, não se podendo ter um conceito restrito àquele que o CTB dispõe para vias terrestres. Em outros termos, locais de frequência pública, ainda que não sejam consideradas vias terrestres pelo art. 2º do CTB, enqudrar-se-ão como vias públicas simplesmente pelo acesso livre de circulação de veículos. Entendemos, por exemplo, estar presente o delito no caso de um militar que, embriagado, conduz uma viatura no interior do quartel.

Caso o sujeito ativo seja militar e esteja em serviço, entendemos que deve o crime de embriaguez (art. 202 do CPM), muito mais grave (comina pena de detenção de 6 meses a 2 anos, que é maior que a do crime de embriaguez ao volante, cuja pena é de detenção de 3 meses a 1 ano), absorver o crime de embriaguez ao volante, que deve ficar, assim, reservado à prática por civil, militar inativo ou mesmo um militar da ativa, mas de folga, que tenha, por exemplo, subtraído o veículo sob administração militar.

• **Elemento subjetivo:** o crime em estudo somente admite o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de dirigir nas condições estudadas.

• **Consumação:** o delito se consuma com o ato de dirigir veículo sob administração militar em via pública, estando embriagado.

Assim como no caso do art. 306 do CTB, o crime do art. 279 do CPM não exige que ocorra dano à vida, à integridade física ou ao patrimônio; basta a conduta de dirigir embriagado, consistindo, portanto, em crime de perigo abstrato.

• **Tentativa:** não se admite por ser delito de mera conduta.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (assim como no art. 289 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra com o emprego de veículo automotor sob Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.13. Perigo resultante de violação de regra de trânsito

• **Tipo legal**

Art. 280. Violar regra de regulamento de trânsito, dirigindo veículo sob administração militar, expondo a efetivo e grave perigo a incolumidade de outrem:

Pena – detenção, até seis meses.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo, a incolumidade pública é o objeto de tutela.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1705]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta no crime em foco é "violar" (macular, descumprir) regra de trânsito, exigindo-se, em adição, que essa conduta exponha outrem a perigo.

O autor, em outras palavras, viola regras de trânsito (impostas por lei e pelos órgãos oficiais que têm poder regulamentador nos assuntos de trânsito) na direção de veículo sob administração militar (pertencente à Instituição Militar ou à disposição dela), gerando grave e efetivo (concreto, real) perigo à incolumidade de outrem.

Como todos sabemos, há que se dar destaque, neste delito, às circunstâncias que envolvem o serviço das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares do Brasil, haja vista que seus integrantes, corriqueiramente, veem-se obrigados a circular pelas ruas das cidades em alta velocidade para atendimento de ocorrências, o que, por si só, gera um risco à integridade física das pessoas. Obviamente, neste caso não ocorrerá o delito em estudo, podendo-se arrimar a construção na previsão do próprio Código de Trânsito Brasileiro (Lei federal n. 9.503, de 23-9-1997), que possui, no inciso VII do art. 29, a regra de prioridade de circulação para veículos de urgência, *in verbis*: "os veículos destinados a socorro de incêndio e salvamento, os de polícia, os de fiscalização e operação de trânsito e as ambulâncias, além de *prioridade de trânsito*, gozam de

livre circulação, estacionamento e parada, quando em serviço de urgência e devidamente identificados por dispositivos regulamentares de alarme sonoro e iluminação vermelha intermitente (...)". Essa regra, de certo, afasta a tipicidade da conduta (ou, para alguns, a antijuridicidade), desde que a infração cometida o seja sem extrema irresponsabilidade e estritamente necessária. Em outros termos, essa permissibilidade não se torna "alvará de arbitrariedades", motivo pelo qual se deve avaliar a conduta praticada (o excesso e o perigo a que se expôs a incolumidade) e a sua real necessidade, tudo dentro de um princípio de razoabilidade que envolve, além dos quesitos mencionados, as condições do veículo, da pista e do próprio condutor.

• **Elemento subjetivo:** o crime em estudo admite apenas o dolo, a vontade de violar regra de trânsito nas condições estudadas.

• **Consumação:** o delito se consuma com a exposição ao efetivo e grave perigo à incolumidade de outrem, decorrente da violação de regra de trânsito, não se exigindo o resultado "acidente"; basta a sua real possibilidade, o que, em nossa opinião, deve ser demonstrado (crime de perigo concreto).

• **Tentativa:** o delito em estudo não admite a tentativa por ser de mera conduta.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 290 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra com o emprego de veículo automotor sob Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.14. Fuga após acidente de trânsito

• **Tipo legal**

Art. 281. Causar, na direção de veículo motorizado, sob administração militar, ainda que sem culpa, acidente de trânsito, de que resulte dano pessoal, e, em seguida, afastar-se do local, sem prestar socorro à vítima que dele necessite:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, sem prejuízo das cominadas nos arts. 206 e 210.

Isenção de prisão em flagrante

Parágrafo único. Se o agente se abstém de fugir e, na medida em que as circunstâncias o permitam, presta ou providencia para que seja prestado socorro à vítima, fica isento de prisão em flagrante.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal em estudo, pela sua capitulação, tutela a incolumidade pública.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1706]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** da mesma forma que no delito capitulado no art. 279 do CPM, cujos comentários devem ser vertificados, o conflito aparente de normas entre o art. 281 do CPM e o art. 305 do CTB deve ser solucionado em favor do primeiro, ou seja, prevalecendo o crime militar por possuir elemento especializante resumido na exigência de que o veículo automotor esteja sob administração militar.

O núcleo da conduta no crime de fuga após acidente de trânsito é "afastar-se", ou seja, distanciar-se, ir embora do local em que se envolveu em acidente com dano à pessoa.

Não entendemos integrar a conduta nuclear o "causar", uma vez que, para a admitirmos como conduta nuclear deveríamos restringir sua possibilidade de subsunção apenas em causações dolosas ou culposas, sob pena de inconstitucional responsabilidade penal militar objetiva. O tipo penal, no entanto, diz que essa causação pode até ser sem culpa, o que nos obriga a afastar a causação como conduta nuclear, devendo ser compreendida como mero elemento típico, que pode ser traduzido por expressões como "acidente de trânsito em que se envolveu", "acidente de trânsito do qual fez parte" etc.

Assim, a conduta nuclear há de ser apenas o "afastar-se", exigindo-se, no entanto, que o autor tenha se envolvido no acidente, causando-o por culpa ou dele sendo vítima. Em suma, há aqui modalidade específica de omissão de socorro. O autor, então, após se envolver em acidente que tenha causado dano pessoal, ou seja, injúria à integridade física (obviamente, de outrem, pelo princípio da alteridade), não promove o socorro direto (pessoalmente) ou indireto (acionando terceiros para fazê-lo) da vítima (pessoa que saiu lesionada do acidente), afastando-se do local do evento.

Para caracterização do delito, é necessário que o autor esteja na direção de veículo sob administração militar (pertencente à Instituição Militar ou à disposição dela).

Um tema interessante na apreciação deste tipo penal, assim como da deserção por evasão ou fuga, é o da sua confrontação com a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil nos termos do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

O art. 8º, n. 2, *g*, do "Pacto" consagra o direito de a pessoa não ser obrigada a depor contra si mesma nem a confessar-se culpada, ao mesmo passo que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXIII, determina que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe

assegurada a assistência da família e de advogado". Tais dispositivos são reforçados, ainda, pelo § 2º do art. 296 do Código de Processo Penal Militar, que consagra o princípio *nemo tenetur se detegere*, ao consignar que "ninguém está obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão".

Associando os dispositivos acima, tem-se que o direito assegurado aos acusados em geral é o de não produzir prova oral e pessoal contra si. Apesar disso, é notório que a doutrina e a jurisprudência entendem que esses dispositivos conferem aos acusados a faculdade de não produzir qualquer tipo de prova contra si, não as restringindo às provas orais e pessoais, consoante a letra das leis, como se constata pela recente discussão sobre a obrigatoriedade de sujeição do condutor de veículos automotores ao etilômetro, decidindo-se esmaga-doramente em favor da não obrigatoriedade.

Nesse contexto, pode surgir o questionamento da eventual inconstitucionalidade do art. 281 do CPM, pois, pela conformação deste artigo, o militar que se envolver em acidente, mormente se o causar, fugindo logo após, estará obrigado a permanecer no local do acidente com o intuito de prestar socorro àquele que se lesionou, exigindo-se, portanto, para alguns, a produção de prova pelo próprio autor da infração principal, sob pena de nova incursão em figura delitiva.

No entanto, não entendemos que a simples presença do causador do acidente para propiciar o socorro seja uma prova contra ele, lesando o princípio supracitado. É certo que, se ele fugiu após a prática do acidente, está tentando furtar-se do alcance da lei, logo, há de se entender que ele agiu ao arrepio dela. Contudo, sua presença não é prova, mas, tão somente, cria a possibilidade de aplicação da lei penal, e é sob esse prisma que deve ser visto o dispositivo em comento.

A presença do acusado, por si só, em nada facilita ou prejudica o exercício de sua defesa, e por isso não pode ser recepcionada como fato gerador de prova, não significando, ademais, assunção de culpa, já que terá curso o devido processo legal para a apuração do crime principal. É certo, por outro bordo, que a fuga sem prestação de socorro caracteriza o delito em discussão.

Assim, os dispositivos indicados não são incompatíveis com o tipo penal militar de fuga após acidente de trânsito, sucumbindo, a nosso ver, a alegação de inconstitucionalidade deste tipo incriminador.

Discussão semelhante, note-se, tem sido travada no Direito Penal comum, afeta ao art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, em que se incrimina o ato de a pessoa evadir-se de local do acidente para evitar responsabilidade civil, penal ou administrativa. Acerca dessa discussão, é possível encontrar decisões reconhecendo e rechaçando a inconstitucionalidade da norma penal de trânsito. Em primeiro lugar, *vide*, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a Apelação Criminal n. 1.0372.04.008035-3/001, julgada em 13 de março de 2007, sob relatoria do Desembargador Hélcio Valentim:

"HOMICÍDIO CULPOSO – CONDUTA IMPRUDENTE – AGENTE QUE CONDUZ VEÍCULO AUTOMOTOR EM VELOCIDADE ACIMA DA PERMITIDA – FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE – IMPUTAÇÃO DE COMETIMENTO DO ARTIGO 305 DO CTB – INCONSTITUCIONALIDADE – PENA DE SUPENSÃO DA CNH – PROPORCIONALIDADE COM O *QUANTUM* DA PENA CORPORAL.

Age com imprudência o agente que, sem habilitação, trafegando em lugar de enorme movimentação de veículos e pedestres, conduz automóvel em alta velocidade, gerando acidente com a morte da vítima. *O delito de fuga à responsabilidade é inconstitucional, ofendendo o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo – 'nemo tenetur se detegere'*. Deve haver proporcionalidade entre o padrão estabelecido para a pena privativa de liberdade e o 'quantum' estipulado para a pena restritiva de direitos de suspensão da carteira nacional de habilitação, devendo ser esta fixada no mínimo legal caso aquela também o seja, na forma do disposto no artigo 293 do Código de Trânsito Brasileiro". (g. n.)

Mais recentemente, o Pleno da Corte de Minas Gerais já havia julgado incidente de inconstitucionalidade, decidindo:

"Incidente de inconstitucionalidade. Reserva de plenário. Art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro. Incompatibilidade com o direito fundamental ao

silêncio. Inconstitucionalidade declarada” (IC 1.0000.07.456021-0/000, de Lagoa da Prata, rel. Des. Sérgio Resende, j. 11-6-2008).

Em sentido oposto, *vide* o *Habeas Corpus* n. 166.714 (2009.016671-4), do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (j. em 29-6-2009, rel. Des. Torres Marques):

“*Habeas Corpus*. Crime do art. 305 da Lei n. 9.503/97. Levantada a inconstitucionalidade do tipo penal. Objeto jurídico do delito que se fundamenta na tutela da Administração da Justiça. Conduta típica que não traduz assunção de culpa, porquanto sempre se faz necessária a observância de processo judicial próprio para a responsabilização penal ou civil. Incompatibilidade do tipo com a Constituição Federal rechaçada. Ordem denegada”.

O parágrafo único do art. 281 em análise isenta da prisão em flagrante delito o autor que promover, na forma que puder, o socorro da vítima, isso em face de suas próprias condições físicas e psicológicas (do autor) depois de um acidente em que é parte e também da questão técnica (médica) no auxílio que teria condições de promover. Ocorre que deixar de promover o socorro é elementar do tipo e se inexistir, sucumbe a previsão legal. Portanto, se o autor providenciar auxílio à vítima do acidente, responderá tão somente pelas lesões corporais ou morte que causou a título de dolo ou culpa.

A propósito da pena deste crime, é aplicada sem prejuízo, pelo preceito secundário, daquelas previstas nos arts. 206 e 210 do CPM, ou seja, homicídio e lesão corporal culposos, o que nos leva a defender que, para que o crime do art. 281 seja reconhecido, o envolvimento em acidente anterior não pode ser por causação dolosa da lesão ou da morte, previstos nos arts. 205 e 209 do CPM, quando teremos, então, a absorção do crime em estudo.

• **Elemento subjetivo:** somente o dolo de se afastar do local de acidente que provocou, sem ter providenciado socorro à vítima ou acionado alguém para tal.

• **Consumação:** o delito se consuma com o afastamento do autor do local do acidente sem ter promovido o socorro da vítima.

• **Tentativa:** admite-se, no caso de ser o agente impedido de fugir por

circunstâncias alheias à sua vontade, ficando demonstrada a sua intenção de fazê-lo.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 291 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra com o emprego de veículo automotor sob Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2. DOS CRIMES CONTRA OS MEIOS DE TRANSPORTE E DE COMUNICAÇÃO

2.1. Perigo de desastre ferroviário

• **Tipo legal**

Art. 282. Impedir ou perturbar serviço de estrada de ferro, sob administração ou requisição militar emanada de ordem legal:

I – danificando ou desarranjando, total ou parcialmente, linha férrea, material rodante ou de tração, obra de arte ou instalação;

II – colocando obstáculo na linha;

III – transmitindo falso aviso acerca do movimento dos veículos, ou interrompendo ou embaraçando o funcionamento dos meios de comunicação;

IV – praticando qualquer outro ato de que possa resultar desastre:

Pena – reclusão, de dois a cinco anos.

Desastre efetivo

§ 1º Se do fato resulta desastre:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

§ 2º Se o agente quis causar o desastre ou assumiu o risco de produzi-lo:

Pena – reclusão, de quatro a quinze anos.

Modalidade culposa

§ 3º No caso de culpa, ocorrendo desastre:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Conceito de "estrada de ferro"

§ 4º Para os efeitos deste artigo, entende-se por "estrada de ferro" qualquer via de comunicação em que circulem veículos de tração mecânica, em trilhos ou por meio de cabo aéreo.

• **Objetividade jurídica:** no tipo penal em estudo, a incolumidade pública é o objeto de tutela.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1707]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o

Estado.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são “impedir” (não deixar acontecer) e “perturbar” (atrapalhar, criar problemas). O autor impede ou perturba a regularidade do serviço ferroviário que esteja à disposição da administração militar ou que tenha sido requisitado por ela. O autor consegue, ou tenta, impedir ou perturbar danificando (causando dano) ou desarranjando (causando confusão), total ou parcialmente, linha férrea, material rodante (sobre trilho e puxado por outro – vagão) ou de tração (sobre trilho e puxa os demais – locomotiva), obra de arte (construções por onde passam os veículos – pontes, viadutos) ou instalação (aparelhos de sinalização e desvios), colocando obstáculo na linha, transmitindo falso aviso acerca do movimento dos veículos, interrompendo ou embaraçando o funcionamento dos meios de comunicação ou praticando qualquer outro ato de que possa resultar desastre; esta última previsão, em verdade, dispensaria todas as anteriores pois abrange qualquer ato que tenha potencial para causar desastre (acidente).

O § 1º traz a previsão qualificada pela ocorrência do desastre (acidente), não sendo necessário que haja o resultado lesão corporal ou morte, bastando, para tal, o evento. Em vista da previsão do § 2º, o texto se mostrou confuso, mas a solução é dada pela interpretação do Professor Jorge César de Assis[1708], que afirma que “o dispositivo criou um tipo autônomo, de desastre efetivo doloso, já que o § 1º previu a forma preterdolosa (dolo no antecedente – crime de perigo; e culpa no consequente – desastre efetivo)”.

O § 2º traz a previsão do desastre perpetrado por dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de causar o acidente ferroviário, sem que haja necessidade de vítimas de lesão corporal ou morte.

O § 3º prevê a modalidade culposa com minoração da pena.

O § 4º define “estrada de ferro”, para fins de aplicação da lei penal militar, como a via de comunicação por trilhos ou cabo aéreo onde circula veículo de tração mecânica.

• **Elemento subjetivo:** no *caput* e no § 2º é o dolo, no § 1º é o

preterdolo, e no § 3º é a culpa.

• **Consumação:** o delito se consuma com a criação de perigo à incolumidade pública ou com o desastre (nas modalidades previstas nos §§ 1º, 2º e 3º), proporcionado por qualquer das condutas enumeradas pelo tipo.

• **Tentativa:** admite-se.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 260 do Código Penal comum e no art. 292 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que a estrada de ferro esteja sob Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2.2. Atentado contra transporte

• **Tipo legal**

Art. 283. Expor a perigo aeronave, ou navio próprio ou alheio, sob guarda, proteção ou requisição militar emanada de ordem legal, ou em lugar sujeito à administração militar, bem como praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação aérea, marítima, fluvial ou lacustre sob administração, guarda ou proteção militar:

Pena – reclusão, de dois a cinco anos.

Superveniência de sinistro

§ 1º Se do fato resulta naufrágio, submersão ou encalhe do navio, ou a queda ou destruição da aeronave:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

Modalidade culposa

§ 2º No caso de culpa, se ocorre o sinistro:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** é a incolumidade pública.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1709]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "expor" e "praticar". O autor expõe a risco navio ou aeronave ou pratica qualquer ato que tenda a impedir ou dificultar a navegação por água ou ar; o objeto, navio ou aeronave, deve pertencer à Administração Militar ou estar sob responsabilidade dela para caracterização do delito.

Destaque-se que a conduta, em uma das previsões, caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à Administração Militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

O § 1º traz a previsão qualificada pelo resultado, no caso, a ocorrência de desastre (acidente) com o navio (naufrágio, submersão ou encalhe) ou aeronave (queda ou destruição), não sendo necessário que haja o resultado lesão corporal ou morte; basta, para tal, o evento.

O § 2º prevê a modalidade culposa com minoração da pena.

• **Elemento subjetivo:** tanto o dolo como a culpa, expressa esta no § 2º do tipo. Pertinente destacar que o dolo da conduta "praticar" é específico, pois o autor pratica ato tendente (com o fim de) a impedir ou dificultar a navegação.

• **Consumação:** o delito se consuma com a criação de perigo à incolumidade pública, proporcionado por qualquer das condutas enumeradas pelo tipo, ou ainda com o desastre (nas modalidades previstas nos §§ 1º e 2º).

• **Tentativa:** admite-se.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 261 do Código Penal comum e no art. 293 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra em lugar sob Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2.3. Atentado contra viatura ou outro meio de transporte

• **Tipo legal**

Art. 284. Expor a perigo viatura ou outro meio de transporte militar, ou sob guarda, proteção ou requisição militar emanada de ordem legal, impedir-lhe ou dificultar-lhe o funcionamento:

Pena – reclusão, até três anos.

Desastre efetivo

1º Se do fato resulta desastre, a pena é reclusão, de dois a cinco anos.

Modalidade culposa

2º No caso de culpa, se ocorre desastre:

Pena – detenção, até um ano.

• **Objetividade jurídica:** é a incolumidade pública.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1710]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são “expor”, “impedir” ou “dificultar”. O autor expõe a risco viatura ou outro meio de transporte militar, excetuados, evidentemente, os previstos nos dois delitos anteriores (navio, aeronave ou qualquer veículo que se desloca por estrada de ferro) ou tenta impedir (não deixar acontecer) ou dificultar (criar problema) seu funcionamento; o veículo deve pertencer à Administração Militar ou estar sob responsabilidade dela para caracterização do delito.

O § 1º traz a previsão qualificada pelo resultado (desastre), não sendo necessário que haja o resultado lesão corporal ou morte.

O § 2º prevê a modalidade culposa, com minoração da pena.

• **Elemento subjetivo:** tanto o dolo como a culpa, expressa esta no § 2º do tipo.

• **Consumação:** o delito se consuma com a criação de perigo à incolumidade pública, proporcionado por qualquer das condutas enumeradas pelo tipo, ou ainda com o desastre (nas modalidades previstas nos §§ 1º e 2º).

• **Tentativa:** admite-se.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 262 do Código Penal comum e no art. 294 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato com meio de transporte militar ou sob guarda, proteção ou requisição militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2.4. Formas qualificadas pelo resultado

• **Tipo legal**

Art. 285. Se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 282 a 284, no caso de desastre ou sinistro, resulta morte de alguém, aplica-se o disposto no art.

277.

Comentários

O dispositivo estende aos delitos contra os meios de transporte ou comunicação o qualificador de aplicação de pena em dobro nos casos em que a ação dolosa resultar em morte, e de aplicação da pena do homicídio culposo, acrescida de um terço, se decorrer de culpa, expressos no art. 277 do CPM.

2.5. Arremesso de projétil

• **Tipo legal**

Art. 286. Arremessar projétil contra veículo militar, em movimento, destinado a transporte por terra, por água ou pelo ar:

Pena – detenção, até seis meses.

Forma qualificada pelo resultado

Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos; se resulta morte, a pena é a do homicídio culposo, aumentada de um terço.

• **Objetividade jurídica:** é a incolumidade pública.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1711]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "arremessar". O autor arremessa (lança, com ou sem a ajuda de instrumento) projétil (sólido, que pode ser arremessado e causar dano ou lesão) contra veículo militar destinado a transporte (não é necessário que esteja transportando no momento dos fatos, mas

se exige que o veículo tenha tal destinação), seja de tropa, seja de carga, o qual está em movimento (excetua-se o parado e o estacionado) por terra, água ou ar no momento do ataque.

O parágrafo único prevê o arremesso de projétil qualificado pelo resultado lesão corporal ou morte de qualquer um que tenha sido ferido em razão do ataque ao meio de transporte.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de arremessar o projétil contra o veículo militar.

• **Consumação:** o delito se consuma com o arremesso do projétil (apto a causar mal) contra o veículo militar.

• **Tentativa:** admite-se no caso em que o agente é impedido de arremessar o projétil quando inequívoca sua intenção e seu comportamento de fazê-lo.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 264 do Código Penal comum e no art. 296 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato se dê contra veículo militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2.6. Atentado contra serviço de utilidade militar

• **Tipo legal**

Art. 287. Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou acesso, ou qualquer outro de utilidade, em edifício ou outro lugar sujeito à administração militar:

Pena – reclusão, até cinco anos.

Parágrafo único. Aumentar-se-á a pena de um terço até metade, se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento do serviço.

• **Objetividade jurídica:** é a incolumidade pública.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1712]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é “atentar”. O autor atenta, pratica qualquer ato que expõe a risco os serviços de água, luz ou qualquer outro de utilidade (gás, telefone, rádio, acesso à internet etc.) em local sujeito à administração militar; é delito de perigo, e não de dano, não se exigindo o efetivo prejuízo do serviço ou da utilidade; basta, para tanto, a sua real possibilidade.

Destaque-se que há previsão de que a conduta caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à Administração Militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

O parágrafo único prevê aumento de pena quando o delito decorrer de subtração de material (cabos, canos, aparelhos etc.) que seja essencial ao serviço prejudicado.

• **Elemento subjetivo:** é somente o dolo, a vontade livre e consciente de atentar contra o serviço ou utilidade.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática do ato atentatório (que exponha a risco) contra o serviço de utilidade pública.

• **Tentativa:** admite-se.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 265 do Código Penal comum e no art. 297 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato se dê em lugar sujeito à Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2.7. Interrupção ou perturbação de serviço ou meio de comunicação

• **Tipo legal**

Art. 288. Interromper, perturbar ou dificultar serviço telegráfico, telefônico, telemétrico, de televisão, telepercepção, sinalização, ou outro meio de

comunicação militar; ou impedir ou dificultar a sua instalação em lugar sujeito à administração militar, ou desde que para esta seja de interesse qualquer daqueles serviços ou meios:

Pena – detenção, de um a três anos.

• **Objetividade jurídica:** é a incolumidade pública.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1713]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a coletividade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "interromper" (fazer cessar), "perturbar" (criar problemas), "dificultar" (criar dificuldades) ou ainda impedir (não deixar acontecer). O autor interrompe, perturba ou dificulta meio de comunicação militar, seja ele qual for; o tipo ainda pune o autor que impede ou dificulta, em local sujeito à administração militar, a instalação de (qualquer) meio de comunicação militar ou de interesse militar.

Destaque-se que há previsão de que a conduta caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à Administração Militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

• **Elemento subjetivo:** é somente o dolo, a vontade livre e consciente de praticar qualquer das condutas enunciadas pelo tipo.

• **Consumação:** o delito se consuma com o ato de interromper, perturbar ou dificultar meio de comunicação, assim como com o impedimento ou criação de dificuldade à sua instalação.

• **Tentativa:** admite-se.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 266 do Código Penal comum e no art. 298 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato se dê em meio de comunicação militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2.8. Aumento de pena

• **Tipo legal**

Art. 289. Nos crimes previstos neste capítulo, a pena será agravada, se forem cometidos em ocasião de calamidade pública.

Comentários

O dispositivo agrava a pena dos delitos praticados contra os meios de transporte e de comunicação por ocasião de calamidade pública. A previsão se justifica, pois é nesse momento que a necessidade de tais meios se mostra imperiosa e, quase sempre, imprescindível, especialmente os militares, sempre acionados a restabelecer a ordem pública nessas situações (calamidade pública), principalmente os pertencentes às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros

Militares.

3. DOS CRIMES CONTRA A SAÚDE

3.1. Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar

- **Tipo legal**

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, até cinco anos.

Casos assimilados

§ 1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar:

I – o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;

II – o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;

III – quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.

Forma qualificada

§ 2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do art. 290 tutela a saúde pública, em primeiro plano, e, em segundo momento, a saúde da própria pessoa.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo, nas figuras do *caput* e do inciso III do § 1º, pode ser qualquer pessoa, ou seja, o militar, federal ou dos Estados, da ativa ou inativo, podendo ainda, na esfera federal, ser também o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1714]**. Nas figuras dos incisos I e II do § 1º, o sujeito ativo somente poderá ser militar da ativa, segundo compreensão do art. 22 do CPM. Finalmente, na forma do § 2º, o sujeito ativo deverá ser farmacêutico, médico, dentista ou veterinário, não exigindo o tipo que se trate de militares.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a sociedade, afetando-se, portanto, o próprio Estado.

• **Elementos objetivos:** o crime aqui previsto, em seu *caput*, condensa o porte e o tráfico de substância entorpecente, hoje denominada, pelo mais recente diploma penal sobre o assunto, a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, “droga”, popularizando o termo. Malgrado essa popularização na legislação penal comum, o Código Penal Militar menciona ainda *substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica*.

Para compreender esse termo, deve-se lembrar que o tipo penal em estudo se trata de uma norma penal em branco, ou seja, que carece de complementação para sua exata aplicação. Sobre a lei penal em branco, esclarece André Estefam:

“Trata-se da lei cujo preceito primário é incompleto, embora o preceito secundário seja determinado. Tal lei tem de ser completada por outra, já existente ou futura, da mesma hierarquia ou de hierarquia inferior (...).

São duas as espécies de leis penais em branco: em *sentido lato* ou *homogêneas* e em *sentido estrito* ou *heterogêneas*.

Entende-se por lei penal em branco homogênea aquela cujo complemento se encontra descrito numa fonte formal da mesma hierarquia da norma incriminadora, ou seja, quando o complemento também está previsto numa lei ordinária (ou outra espécie normativa equivalente) (...).

Em sentido estrito ou heterogênea é aquela cujo complemento está descrito em fonte formal distinta daquela do tipo penal incriminador"**[1715]**.

Como se sabe, inúmeras substâncias utilizadas na atualidade causam entorpecência e dependência física ou psíquica, algumas das quais não preencherão este elemento típico, por serem "drogas legalizadas", e. g., o caso do álcool. Assim, para a exata compreensão de quais substâncias preencherão o elemento típico em foco, deve-se buscar o disposto na Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, que traz o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, de lavra do Secretário de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, instrumento normativo que já sofreu várias alterações, de sorte que, o art. 290 do CPM, ao carecer de complementação trazida por um ato normativo não primário – no caso, uma Portaria do Ministério da Saúde (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA), constitui-se em *norma* ou *lei penal em branco heterogênea*.

A qualidade da substância, até mesmo para ser enquadrada em uma daquelas previstas na norma supracitada, carece de constatação pericial, o que exige, de certo, a apreensão da substância e a realização da perícia técnica condizente.

Passando à análise das condutas nucleares do tipo penal em foco, temos um tipo alternativo misto, com onze possibilidades nucleares, que passaremos a ver detidamente, parafraseando Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller**[1716]**.

Receber significa adquirir (este é o verbo utilizado na Lei n. 11.343/2006), obter a propriedade da substância entorpecente, a título oneroso ou gratuito; nesta modalidade, aquele que apenas recebe a substância, seja qual for sua intenção, se para consumo futuro, se para entregar a alguém etc., incorrerá na conduta; nem mesmo importa se houve a efetiva tradição da substância, bastando o mero acordo de vontades.

Preparar significa a junção de componentes, de elementos constitutivos da substância entorpecente, que, com esse ato, estará apta para o uso.

Produzir refere-se a uma atividade de "criação" natural da substância, ou seja, uma atividade ligada ao extrativismo da substância, a exemplo do plantio ou da colheita.

Vender traduz-se pelo ato de alienação da substância mediante uma contraprestação, por exemplo, mas não somente, do dinheiro. Há entendimento, com o qual concordamos, de que não é necessário, a exemplo da modalidade "receber", de que haja a efetiva tradição da substância vendida, bastando o acordo de vontades. Assim, o militar do Estado que vende substância entorpecente, mesmo que não consiga entregá-la ao comprador, incorrerá nesta forma.

Fornecer, ainda que gratuitamente, importa a entrega, a dação, não havendo necessidade de contraprestação, mesmo porque, se assim fosse, poderia configurar a venda. "A punição se justifica porque esta é a modalidade de captação de clientela. A polêmica ocorre quando a conduta é no grupo de amigos ou namorados. É possível aqui encontrar divergência jurisprudencial, entendendo que o fornecimento esporádico em roda de amigos não configura traficância, mas sim uso conjunto, em nome da proporcionalidade e da razoabilidade, até porque normalmente o uso se faz em grupo, e a droga é consumida com fornecimento recíproco (um se utiliza e passa a dose para o outro, e assim por diante). Outra corrente entende que, se aplicada de forma literal, qualquer fornecimento deve ser punido como traficância"**[1717]**. De qualquer sorte, filiando-nos à primeira visão, deve-se lembrar que tanto a traficância como o consumo, o que veremos adiante, compõem o mesmo tipo penal, valendo a distinção para arrimar a dosimetria da pena.

Ter em depósito refere-se àquele que conserva, que retém a substância à sua disposição, mas com característica de transitoriedade e mobilidade, configurando-se em modalidade permanente.

Transportar significa levar de um lugar a outro, mas de modo não

pessoal, ou então estaríamos diante da forma *trazer consigo*. Transporta substância entorpecente, por exemplo, aquele que a conduz em compartimento de veículo no interior do quartel.

Trazer consigo, ainda que para uso próprio condensa tanto o tráfico como o porte para uso próprio, já que a norma menciona *ainda que para uso próprio*, e não *para uso próprio*, de modo que a elementar pode ser aplicada também para a traficância. Resume-se, assim, no transporte pessoal, nos bolsos, vestes, mochilas etc., não importando se para a traficância ou para o uso, imediato ou futuro, próprio.

Guardar significa ter a substância sob sua vigilância, sob seus cuidados.

Ministrar é introduzir no organismo de alguém a substância, sendo conveniente entender que a conduta pode ser dirigida a terceiro ou ao próprio autor. Quando o tipo penal deseja incriminar conduta praticada pelo próprio autor e dirigida a si mesmo, traz alguma indicação típica nesse sentido, a exemplo do despojamento desprezível (art. 162 do CPM), que traz a expressão "despojar-se".

Entregar de qualquer forma a consumo, como se percebe, é expressão subsidiária e ampla, que busca dar subsunção a qualquer modalidade de traficância que não tenha sido mencionada acima.

Necessário frisar que, embora a expressão *ainda que para uso próprio* esteja ligada ao núcleo *trazer consigo*, entendemos que outras formas nucleares podem ser consideradas como condutas que favoreçam o consumo próprio, e não a traficância, o que, frisamos mais uma vez, não significaria diversidade típica, mas apenas um elemento a ser considerado na dosimetria da pena, reclusão de um a cinco anos (pena mínima, com base no art. 58 do CPM), a exemplo das formas *receber*, *preparar*, *ter em depósito* e *transportar*. Essa possibilidade interpretativa parece-nos adequada não só pela análise de cada modalidade nuclear, mas também com foco no *nomem juris*: "Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar".

Dessa forma, muito importante é colocar em discussão o entendimento de que para os casos de consumo próprio, mesmo se enquadrando no tipo penal

do art. 290 do CPM, dever-se-ia subsumir a conduta no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, utilizando-se nessa construção variadas motivações jurídicas, como a razoabilidade, a isonomia e a proporcionalidade, levando à insignificância da conduta.

Comecemos a discussão com as valiosas lições de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller:

"O primeiro ponto a esclarecer é que a questão acerca das substâncias entorpecentes deve ser compreendida a partir de um ponto de vista racional, ou seja, como uma questão de saúde pública, não travestida de questões morais ou *tabus*. A dependência química já é reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, e são de conhecimento geral as funestas consequências da disseminação do uso de entorpecentes como gerador de violência, desde a familiar até a formação de organizações criminosas que se servem do vício alheio.

O Direito Penal, como instrumento de um Estado Democrático de Direito, deve buscar respostas racionais ao problema, o que pode ser alcançado por meio da criminalização ou descriminalização, abrandamento, alteração ou incremento de rigor das punições, de acordo com a estratégia a ser desenvolvida. A tomada de providências simbólicas ou simplesmente tradicionais, em problema de tal magnitude, tem grande propensão a causar incremento de violência, em vez de objetivos legítimos"**[1718]**.

Assim, um movimento de criminalização ou descriminalização, despenalização ou ainda desaprisionamento de condutas indesejadas, deve passar por um crivo muito coerente, vislumbrando-se não apenas o impacto para o sujeito da norma, mas também para a coletividade, o que pode ser obtido pela análise da tutela específica da norma penal militar. No caso em espécie, deve-se lembrar, estamos diante de um crime que tutela a saúde pública, mas, como sustentamos na discussão do bem jurídico, também a regularidade das Instituições Militares.

Também como já expusemos no estudo da Parte Geral, ao discutir o princípio da insignificância, há uma tendência atual que busca relegar a segundo plano a tutela específica do Direito Penal Castrense, mostrando-se muito frequente nas discussões sobre o art. 290 do CPM, em conflito com a nova "Lei

de Drogas”.

O Eminente Ministro Flávio Bierrenbach, que honrosamente integrou o Superior Tribunal Militar, para início de discussão, entendia possível sustentar o princípio da insignificância em relação ao crime do art. 290 do CPM, no caso do consumo próprio, como se verifica no seguinte voto:

“Venho sustentando sistematicamente nesta Corte que o porte de quantidade insignificante de maconha (especialmente dessa substância) é conduta incapaz de causar lesão significativa à saúde pública, enquanto bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Tampouco se vê, em todos os casos, desrespeito à hierarquia e disciplina, valores tão caros à proteção da soberania do Estado Democrático de Direito.

A conduta é formalmente típica, se observada abstratamente. Entretanto, no caso concreto, a autoridade judiciária, ao observar potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, deve considerá-la materialmente atípica.

É o que acontece com o porte para consumo próprio de pequena quantidade de maconha, pois, a princípio, o soldado que porta quantidade de maconha suficiente apenas para o seu consumo pessoal, e se não o faz em serviço, no quartel, na caserna, no veículo, no navio ou na aeronave, não põe em risco a saúde pública, visto que sua conduta não tem a potencialidade de tornar dependentes outros companheiros seus de farda, não trazendo aí, prejuízo para a caserna” (STM, Declaração de voto vencido na Apelação n. 2007.01.050648-9/DF, rel. Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, j. em 12-3-2009).

A par dessa antinomia, parece, com a devida vênia, equivocado o entendimento de que o simples porte de maconha no quartel não é dotado de lesividade suficiente para merecer a repressão penal. Em primeiro plano, não vemos pressuposto lógico para diferenciar a *cannabis sativa* (maconha) de outra substância entorpecente, uma vez que os efeitos são análogos e, sem dúvida alguma, condicionados às incertezas da condição mental do usuário em espécie. Assim, se concordássemos com o raciocínio pela aplicação da insignificância, não haveria como aplicar tal princípio apenas para a maconha, e não para outras substâncias.

Ademais, um cigarro de maconha, ainda que não utilizado no quartel, pode sim significar um risco em potencial; não, obviamente, pela potencialidade de viciar outros colegas de farda, quando então estaríamos focando apenas o bem jurídico imediato, e sim pela desastrosa consequência da atuação de um militar entorpecido, por exemplo, com um fuzil automático leve (FAL) em suas mãos ou na posterior condução de uma viatura policial em emergência. Dessa forma, ainda que o cigarro de maconha não seja consumido dentro do quartel, mas apenas lá guardado, parece obrigatória a repressão da atitude pela aplicação do Direito Penal Militar. Leve-se ainda em consideração a possibilidade de dano mental pelo uso reiterado da substância, que pode fazer com que um militar, apenas usando a substância fora da caserna, cause um dano em seu estado psicológico que pode resultar em um risco enorme para alguém que seja profissional das armas.

Que dizer, então, se a droga usada fora do quartel for a medida da coragem para, por exemplo, um policial militar que vá incursionar por um terreno dominado por marginais? Poderia ele, sabendo dessa possibilidade no serviço que assumirá, consumir a droga para alcançar o destemor...

Alguns dirão que, segundo nossa visão, não apenas dentro do quartel o porte e o consumo de drogas por militares hão de ser reprimidos pelo Direito Penal, e, de fato, assim pensamos. Ocorre que a lei penal militar condicionou a tipicidade do crime militar a algumas situações que não podem ser ampliadas. Essa lógica observou o legislador penal militar tomando por base o fato de que a lei penal comum também reprimiria a conduta nos casos citados e, por essa razão, absteve-se de alargar o tipo penal militar do art. 290. Jamais poderia ele pensar, em 1969, que, quase quatro décadas depois, o usuário, na lei penal comum, seria visto por outro prisma.

A questão, de notar, já chegou inclusive ao Pretório Excelso.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 92.961-3 – São Paulo (j. em 11-12-2007), sob relatoria do Ministro Eros Grau, aplicou o princípio da insignificância para trancar ação penal contra um militar pego com maconha no interior do quartel, entendendo por suficientes as sanções disciplinares a ele aplicadas. Essa visão repetiu-se no julgamento do *Habeas*

Corpus n. 94.809 – Rio Grande do Sul (j. em 12-8-2008), sob relatoria do Ministro Celso de Mello, invocando expressamente o princípio da insignificância, em face da quantidade ínfima apreendida, levando a uma descaracterização material da tipicidade.

Nos casos em espécie, contrariando posição já firmada anteriormente no *Habeas Corpus* n. 81.734-3 – Paraná (j. em 28-3-2002), o Pretório Excelso, ainda que não tenha aberto caminho inequívoco para a aplicação da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, em crimes militares subsumidos pelo art. 290 do CPM, buscou na essência da legislação penal comum a distinção de tratamento entre o usuário de entorpecentes e o traficante dessas nefastas substâncias, reformando decisão respaldada pelo Superior Tribunal Militar em que os bens jurídicos focados, a arrimar a condenação, eram, além da saúde pública, a hierarquia e a disciplina militares.

Com a devida vênia à Corte Maior de nosso país, a alteração legislativa não nos parece ter alterado o cenário a ponto de afastar as razões evidenciadas no *Habeas Corpus* de 2002, no sentido de manter as condenações, quando se considerou que o "princípio da insignificância não apresenta uma metodologia própria, deixando de fornecer um critério positivado no sentido de definir o que seja insignificante para o legislador", bem como que, em outro ângulo, "não se há de olvidar que o delito objeto da impetração restou praticado nas dependências de um quartel militar, por um de seus soldados, sendo que a relevância de sua função, pelo fato de manejar armas e explosivos, menos ainda lhe permitiria beneficiar-se do injuridicamente infundado crime de bagatela" e, por fim, que o "uso de entorpecente por um soldado que se utiliza de armas e explosivos para treinamento em vigilância pode causar danos irreparáveis a si, aos seus colegas de farda e à própria unidade onde serve", sendo que a "circunstância de ser mínima a quantidade de droga em poder do acusado não exclui o risco de dano à vida militar".

Por outro bordo, a tendência não é unânime no Supremo, não vingando, para nossa satisfação, na Primeira Turma dessa Corte. Em caso recente, essa Turma consignou entendimento destoante da Segunda Turma, o que ficou evidente nas palavras da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, em sede do *Habeas Corpus* n. 94.649 – Rio de Janeiro (j. em 12-8-2008), que afirmou que

tem sido muito rigorosa quanto ao instituto da insignificância do delito em se tratando de administração militar, não podendo, portanto, aplicar o precedente da Corte, referindo-se ao já mencionado *Habeas Corpus* n. 92.961, porque o princípio da insignificância não é significação do montante, nem de valores, mas do objeto tutelado pelo Direito Penal militar. Assim, nesse julgado, chegou-se finalmente à conclusão de que a existência de decisão no Supremo Tribunal no sentido pretendido pela impetrante, "inclusive admitindo a incidência do princípio da insignificância à justiça castrense, 'a despeito do princípio da especialidade e em consideração ao princípio maior da dignidade humana' (*Habeas Corpus* n. 92.961, Rel. Ministro Eros Grau, *DJ* 21.2.2008), não é bastante a demonstrar como legítima sua pretensão", e que, nas "circunstâncias do caso, o fato não é penalmente irrelevante, pois a droga apreendida, além de ter sido encomendada por outra pessoa, seria suficiente para o consumo de duas pessoas, o que configuraria, minimamente, a periculosidade social da ação do Paciente". Por fim, assentou que a "jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado", indeferindo, em consequência, o pedido.

A não unicidade no entendimento dessa questão, advirta-se, chegou a outro caso perante o Supremo Tribunal Federal, desta vez sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie (HC 94.685/CE), sendo submetido o caso ao Pleno do Pretório Excelso.

Enquanto ainda não estava decidido esse remédio, as decisões continuaram sendo tomadas de forma conflitante pelas Turmas, por exemplo, no caso do *Habeas Corpus* n. 97.131/RS (rel. Min. Celso de Mello, j. em 10-8-2010) e do *Habeas Corpus* n. 101.759/MG (rel. Min. Celso de Mello, j. em 10-8-2010) em que a Segunda Turma entendeu, deferindo os dois remédios por aplicação do princípio da insignificância, que, enquanto não concluído o julgamento do *Habeas Corpus* n. 94.685/CE, deveria ser preservada a jurisprudência firmada pela Turma no sentido de incidir o aludido postulado nas hipóteses semelhantes às situações analisadas.

Entretanto, outro caso submetido ao Pleno do Supremo Tribunal

Federal foi também recentemente julgado. Trata-se do *Habeas Corpus* n. 103.684/DF, julgado em 21 de outubro de 2010, com relatoria do Ministro Ayres Britto, em que, por 6 votos contra 4, denegou-se a ordem de *habeas corpus*. Em suma, muito acertadamente declarou o relator que o "uso de drogas e o dever militar são como água e óleo, não se misturam", acrescentando que "por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si, para manter o vício, implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-profissional, senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito no moral da corporação, na autoestima da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas entre outros explícitos fins para a garantia da ordem democrática". Observou ainda o relator o "problema aqui não é de quantidade e nem mesmo do tipo de entorpecente que se conseguiu apreender", mas de "qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte". Mais ainda, destacou que a questão se refere a "bens e valores jurídicos insuscetíveis de relativização em sua carga de proteção individual e concomitantemente societária".

Finalmente, em 11 de novembro de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento no *Habeas Corpus* n. 103.684/DF, julgamento definitivo do *Habeas Corpus* n. 94.685/CE, entendendo, mais uma vez, que a posse de reduzida quantidade de substância entorpecente por militar, em unidade sob administração castrense, não permite a aplicação do chamado princípio da insignificância penal. Os Ministros entenderam, por maioria de votos, que seria inaplicável a tese da insignificância no âmbito das relações militares e ainda que a legislação especial – o Código Penal Militar – prevalece sobre a lei comum, a nova Lei de Tóxicos (Lei n. 11.343/2006), com arrimo na premissa de que as relações militares são dominadas pela disciplina e hierarquia.

Por fim, acerca das condutas nucleares do tipo penal, deve-se verificar que algumas modalidades presentes na legislação penal comum não se encontram na legislação penal militar, como o caso dos núcleos "importar" e "exportar", casos em que, não sendo possível enquadrar em outro verbo nuclear, configurarão ilícito penal comum previsto na Lei n. 11.343/2006.

Destaque-se que na figura do *caput* há necessidade de que a conduta seja praticada em local sujeito à Administração Militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

O § 1º do art. 290 traz casos assimilados, impondo a mesma pena a condutas havidas mesmo em local não sujeito à Administração Militar.

O primeiro caso está na conduta do militar que fornece, de qualquer forma, a substância entorpecente a outro militar (inciso I). Também cometerá o crime militar em discussão o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no País ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no *caput* do artigo (inciso II), como no caso, por exemplo, do militar que de serviço em viatura transporta substância entorpecente. Finalmente, pelo inciso III do § 1º, cometerá crime militar quem fornecer, ministrar ou entregar, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.

O § 2º do art. 290 traz uma modalidade qualificada do delito, apenada com reclusão de dois a oito anos, no caso de o agente ser médico, veterinário, dentista ou farmacêutico.

• **Elemento subjetivo:** é somente o dolo, a vontade livre e consciente de praticar qualquer das condutas enunciadas pelo tipo, sendo importante a verificação do elemento subjetivo para a subsunção da conduta em traficância ou consumo.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de qualquer das condutas descritas pelo tipo.

• **Tentativa:** regra geral, o crime em estudo admite a tentativa, muito embora seja de difícil ocorrência em razão de ser tipo alternativo misto.

Nesse aspecto, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller expõem:

"A doutrina entende possível a tentativa em grande número de casos, ainda que na prática seja difícil a ocorrência, pois a maioria das condutas possíveis envolvendo a movimentação de substância entorpecente já é prevista como crime consumado. São condutas que majoritariamente aceitam tentativa, entre outras (...), preparar e fornecer"**[1719]**.

• **Crime impropriamente militar, exceto nas condutas dos incisos I e II do § 1º do art. 290 do CPM.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista nos arts. 28 e 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, assim como no art. 314 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra em lugar sujeito à Administração Militar, seja praticado em serviço ou de militar da ativa para militar da ativa etc. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3.2. Receita ilegal

• **Tipo legal**

Art. 291. Prescrever o médico ou dentista militar, ou aviar o

farmacêutico militar receita, ou fornecer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar, para uso de militar, ou para entrega a este; ou para qualquer fim, a qualquer pessoa, em consultório, gabinete, farmácia, laboratório ou lugar, sujeitos à administração militar:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Casos assimilados

Parágrafo único. Na mesma pena incorre:

I – o militar ou funcionário que, tendo sob sua guarda ou cuidado substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em farmácia, laboratório, consultório, gabinete ou depósito militar, dela lança mão para uso próprio ou de outrem, ou para destino que não seja lícito ou regular;

II – quem subtrai substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou dela se apropria, em lugar sujeito à administração militar, sem prejuízo da pena decorrente da subtração ou apropriação indébita;

III – quem induz ou instiga militar em serviço ou em manobras ou exercício a usar substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

IV – quem contribui, de qualquer forma, para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em quartéis, navios, arsenais, estabelecimentos industriais, alojamentos, escolas, colégios ou outros quaisquer estabelecimentos ou lugares sujeitos à administração militar, bem como entre militares que estejam em serviço, ou o desempenhem em missão para a qual tenham recebido ordem superior ou tenham sido legalmente requisitados.

• **Objetividade jurídica:** a saúde pública e a da pessoa.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo, nas várias modalidades, será o militar, federal ou dos Estados, podendo ainda, na esfera federal, ser, também, o

civil, na figura do *caput* exigindo-se que se trate de médico, dentista etc. O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a sociedade, o Estado.

• **Elementos objetivos:** na figura trazida pelo *caput*, trata-se de delito de mão própria perpetrado por médico, dentista ou farmacêutico contra militar ou civil, desde que o ato tenha sido praticado em local sujeito à administração militar; qualquer dos profissionais mencionados prescreve (receita) ou avia (no caso do farmacêutico) ou fornece entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, fazendo-o fora dos casos indicados pela terapêutica (comportamento aceito pela Medicina), ou em dose evidentemente maior que a necessária, ou com infração de preceito (previsão) legal ou regulamentar.

A norma penal em questão (em branco) precisa de complementação, dada, no caso, pela Portaria do Ministério da Saúde n. 344, de 12 de maio de 1998, que elenca os princípios ativos considerados entorpecentes (deixa em estado de torpor) e que causam dependência física ou psíquica, diminuindo a capacidade de autodeterminação do usuário, além dos incontáveis prejuízos causados colateralmente a sua saúde.

Destaque-se que há previsão de que a conduta caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à Administração Militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

O parágrafo único equipara ao delito o autor que, tendo a função de zelar pelo material em questão (responsável pelo almoxarifado ou por alguma seção em que haja substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica), em local sujeito à administração militar, saca-o para uso seu ou de terceiro indevidamente (sem autorização ou previsão legal ou regulamentar); responde pelo mesmo delito aquele que subtrai material dessa ordem de local sujeito à administração militar, havendo concurso do crime em tela com o

patrimonial; será ainda incriminado o civil ou militar que induz (cria a ideia) ou instiga (fortalece a ideia) outro militar a usar entorpecente, bem como aquele que contribui para o incentivo (fortalecimento da ideia) ou difusão (espalhar) do uso de entorpecente em local sujeito à administração militar – que já comentamos acima –, a militares em serviço.

• **Elemento subjetivo:** é somente o dolo, a vontade livre e consciente de praticar qualquer das condutas enunciadas pelo tipo.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de qualquer das condutas descritas pelo tipo.

• **Tentativa:** admite-se.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 38 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, assim como no § 3º do art. 314 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra em lugar sujeito à Administração Militar, seja praticado em serviço ou por militar da ativa para militar da ativa etc. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3.3. Epidemia

• **Tipo legal**

Art. 292. Causar epidemia, em lugar sujeito à administração militar, mediante propagação de germes patogênicos:

Pena – reclusão, de cinco a quinze anos.

Forma qualificada

§ 1º Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

Modalidade culposa

§ 2º No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos.

• **Objetividade jurídica:** este dispositivo visa tutelar a saúde pública e a da pessoa.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1720]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a sociedade, bem como a pessoa que for infectada.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "causar". O autor, em local sujeito à administração militar, causa epidemia por propagação (difusão) de germes patogênicos (no sentido lato, e não científico). Bento de Faria, citado por Mirabete**[1721]**, ensina-nos que epidemia é o "surto de uma doença acidental e transitória, que ataca grande número de indivíduos, ao mesmo tempo, em determinado país ou região", como a gripe, a varíola, o sarampo, a meningite etc.

Destaque-se que há previsão de que a conduta caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à Administração Militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve ser

compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

• **Elemento subjetivo:** é somente o dolo, a vontade livre e consciente de causar a epidemia propagando os germes.

• **Consumação:** o delito se consuma com a epidemia, ou seja, com a propagação da doença.

• **Tentativa:** admite-se nos casos em que o autor propagou os germes mas, por circunstâncias alheias à sua vontade, não ocorreu a epidemia.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 267 do Código Penal comum e no art. 299 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato se dê em local sob Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3.4. Envenenamento com perigo extensivo

• **Tipo legal**

Art. 293. Envenenar água potável ou substância alimentícia ou medicinal, expondo a perigo a saúde de militares em manobras ou exercício, ou de indefinido número de pessoas, em lugar sujeito à administração militar:

Pena – reclusão, de cinco a quinze anos.

Caso assimilado

§ 1º Está sujeito à mesma pena quem em lugar sujeito à administração militar, entrega a consumo, ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, água ou substância envenenada.

Forma qualificada

§ 2º Se resulta a morte de alguém:

Pena – reclusão, de quinze a trinta anos.

Modalidade culposa

§ 3º Se o crime é culposo, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos; ou, se resulta a morte, de dois a quatro anos.

• **Objetividade jurídica:** tutelam-se a saúde pública e a da pessoa.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1722]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a sociedade, bem como a pessoa que for envenenada pelo uso da água, substância alimentícia ou medicinal.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "envenenar" (colocar veneno). O autor, em local sujeito à administração militar, adiciona veneno à água potável, alimento ou substância medicinal que estão destinados a um número indeterminado de pessoas; veneno, ensina Julio Fabbrini Mirabete**[1723]**, "é toda substância orgânica ou inorgânica que provoca uma intoxicação no

organismo, seja seu efeito imediato ou não. Não é necessário que o veneno seja mortal; basta que produza um mal, fazendo surgir o referido perigo para a saúde das pessoas".

Destaque-se que há previsão de que a conduta caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à Administração Militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

O § 1º equipara ao delito o autor que, em lugar sujeito à Administração Militar, entrega a consumo, ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, água ou substância envenenada.

O § 2º qualifica o delito pelo resultado quando ocorre a morte da vítima, equiparando-o, pela pena, ao homicídio qualificado, mesmo porque lá também se registra como uma das circunstâncias (qualificadoras) o uso de veneno.

O § 3º prevê a modalidade culposa do envenenamento, bem como a culposa qualificada pelo resultado morte, com pena mais grave.

• **Elemento subjetivo:** tanto o dolo como a culpa, expressa esta no § 3º do artigo em comento.

• **Consumação:** o delito se consuma com o envenenamento da água ou substância alimentícia ou medicinal e, ainda, no § 1º, com a sua entrega a consumo ou depósito para distribuição.

• **Tentativa:** admite-se.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer

pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 270 do Código Penal comum e no art. 302 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato se dê em local sob Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3.5. Corrupção ou poluição de água potável

• **Tipo legal**

Art. 294. Corromper ou poluir água potável de uso de quartel, fortaleza, unidade, navio, aeronave ou estabelecimento militar, ou de tropa em manobras ou exercício, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde:

Pena – reclusão, de dois a cinco anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de dois meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** este dispositivo tutela a saúde pública e a da pessoa.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação

constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1724].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a sociedade, bem como a pessoa que se utilizar da água corrompida ou poluída.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "corromper" (estragar, adulterar) e "poluir" (sujar). O autor corrompe ou polui água potável (que se pode beber), à disposição de tropa militar aquartelada, em manobra ou em exercício, tornando-a não potável, seja ela nociva (causa mal) à saúde ou não. Evidentemente, o delito em questão precisa de prova material, apontada mediante exames técnicos que permitam tal avaliação.

O parágrafo único prevê a modalidade culposa da corrupção ou poluição de água.

• **Elemento subjetivo:** tanto o dolo como a culpa, expressa esta no parágrafo único do artigo em tela.

• **Consumação:** o delito se consuma com a corrupção ou poluição da água.

• **Tentativa:** admite-se.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 271 do Código Penal comum e no art. 304 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que a água poluída seja utilizada em estabelecimento militar, navio, aeronave etc. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3.6. Fornecimento de substância nociva

• **Tipo legal**

Art. 295. Fornecer às Forças Armadas substância alimentícia ou medicinal corrompida, adulterada ou falsificada, tornada, assim, nociva à saúde:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** este artigo tutela a saúde pública e a da pessoa.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, podendo ainda, na esfera federal, ser, também, o civil. O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a sociedade, bem como a pessoa que se utilizar da substância corrompida, adulterada ou falsificada.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "fornecer", entregar, seja mediante pagamento ou não; o objeto da ação é alimento ou substância medicinal; só haverá crime, entretanto, se o objeto corrompido (estragado), adulterado (algo estranho adicionado ou ainda quantidade ou qualidade de componente indevido que seja acrescentado à fórmula original modificando-a) ou falsificado (substituição de um componente ou de todos eles por outros) for nocivo à saúde, o que carece de prova material e técnica (laudo). O crime reside no fornecimento da substância indevida às Forças Armadas, não se estendendo essa previsão às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares[1725]. O militar só poderia ser o sujeito ativo se fornecesse gratuitamente algo corrompido, adulterado ou falsificado e nocivo à saúde à Corporação, o que se

mostra bem pouco provável.

O parágrafo único prevê a modalidade culposa do fornecimento de substância nociva.

• **Elemento subjetivo:** tanto o dolo como a culpa, expressa esta no parágrafo único do artigo em foco.

• **Consumação:** o delito se consuma com o fornecimento da substância nociva.

• **Tentativa:** admite-se.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 272 do Código Penal comum e no art. 305 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que a substância seja fornecida às Forças Armadas. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3.7. Fornecimento de substância alterada

• **Tipo legal**

Art. 296. Fornecer às Forças Armadas substância alimentícia ou medicinal alterada, reduzindo, assim, o seu valor nutritivo ou terapêutico:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, até seis meses.

• **Objetividade jurídica:** este artigo tutela a saúde pública e a da pessoa.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, podendo ainda, na esfera federal, ser, também, o civil. O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a sociedade, bem como a pessoa que se utilizou da substância alterada.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "fornecer", entregar, seja mediante pagamento ou não; o objeto da ação é alimento ou substância medicinal; só haverá crime, entretanto, se o objeto estiver alterado (fora das especificações técnicas que a fórmula original possui) e seu valor nutritivo (alimentos) ou terapêutico (substância medicinal) foram diminuídos; evidentemente, tais constatações devem ser alvo de perícia, com a emissão do respectivo laudo técnico. O crime reside no fornecimento da substância indevida às Forças Armadas, não se estendendo essa previsão às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares**[1726]**. O militar só poderia ser o sujeito ativo se fornecesse gratuitamente algo alterado, com valor nutritivo ou terapêutico minorado, à Corporação, o que se mostra bem pouco provável.

O parágrafo único prevê a modalidade culposa do fornecimento de substância alimentícia ou medicinal alterada.

• **Elemento subjetivo:** tanto o dolo como a culpa, expressa esta no parágrafo único do dispositivo em análise.

• **Consumação:** o delito se consuma com o fornecimento da substância alterada.

• **Tentativa:** admite-se.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 272 do Código Penal comum e no art. 306 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que a substância seja fornecida às Forças Armadas. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3.8. Omissão de notificação de doença

• **Tipo legal**

Art. 297. Deixar o médico militar, no exercício da função, de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** este artigo tutela a saúde pública e a da pessoa.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, que seja médico, exigindo-se, ademais, em alinho o que dispõe o art. 22 do CPM, que se trate de militar da ativa. O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a sociedade.

• **Elementos objetivos:** é crime próprio, pois só pode ser perpetrado por médico militar (da ativa). Apesar desse *status*, em vista da previsão da Lei n. 6.259, de 30 de outubro de 1975, o médico, civil ou não, deve notificar à

autoridade do competente órgão de saúde a ocorrência de doenças infecto-contagiosas, cujo rol vem previsto pela Portaria do Ministério da Saúde n. 1.461, de 22 de dezembro de 1999. Assim, tem ele, além dos deveres militares, obrigações médicas que, se não cumpridas, prejudicam, além da saúde pública, a regularidade da Instituição Militar, motivo pelo qual tem previsão castrense.

O núcleo da conduta é "deixar" – crime omissivo; o médico militar, no exercício da sua função, omite-se em denunciar à autoridade pública caso de doença que diagnosticou, cuja notificação é compulsória.

• **Elemento subjetivo:** é somente o dolo.

• **Consumação:** o delito se consuma com o decurso do prazo que a legislação confere ao médico para a realização da notificação.

• **Tentativa:** inadmissível, por ser crime omissivo.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado apenas por médico militar, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 269 do Código Penal comum e no art. 301 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o sujeito ativo seja militar da ativa, nos termos do art. 22 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

4. *SURSIS*, LIVRAMENTO CONDICIONAL E LIBERDADE PROVISÓRIA

Os delitos previstos neste capítulo são suscetíveis de suspensão condicional da pena, à exceção do crime capitulado no art. 291 ("receita ilegal"), conforme se extrai do previsto no art. 88, não havendo restrições para a concessão do livramento condicional.

A liberdade provisória também poderá ser concedida nestes delitos, respeitados os parâmetros do art. 270 do CPPM.

CAPÍTULO VII

CRIMES MILITARES EM TEMPO DE PAZ: DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR

1. DO DESACATO E DA DESOBEDIÊNCIA

1.1. Desacato a superior

• **Tipo legal**

Art. 298. Desacatar superior, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, ou procurando deprimir-lhe a autoridade:

Pena – reclusão, até quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Agravação de pena

Parágrafo único. A pena é agravada, se o superior é oficial general ou comandante da unidade a que pertence o agente.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de desacato a superior tem por objeto jurídico a Administração Militar, guardando a autoridade dela oriunda na figura do superior desacatado. Secundariamente, por certo, tutela-se a disciplina militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o inferior hierárquico ou funcional (este, por compreensão do art. 24 do CPM), o que restringe o cometimento do delito ao militar, federal ou dos Estados.

Não se utilizou o legislador da expressão “militar”, mas sim “superior”, significando que o delito pode ser perpetrado por militares da ativa ou inativos, desde que contra um superior. Nessa construção, o militar inativo**[1727]** poderá perpetrar este delito, exceto na compreensão de superior funcional, porquanto não está ele, em inatividade, no desempenho de função, ressalva feita se estiver sendo empregado na Administração Militar, conforme expõe o art. 12 do Código Penal Castrense. Deve-se, ademais, verificar que para o inativo, não equiparado a militar da ativa, cometer este delito, devem incidir também as circunstâncias do inciso III do art. 9º, já estudadas na Parte Geral.

Qualquer pessoa, à exceção, pode perpetrar este delito se em concurso com um militar inferior ao sujeito passivo, quando a circunstância pessoal *inferior* (hierárquico ou funcional), que é implicitamente uma elementar do tipo, comunica-se aos consortes (art. 53, § 1º, segunda parte, do CPM)**[1728]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por sua administração, funcionando o superior desacatado como vítima secundária, sujeito passivo mediato ou ofendido.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta no crime de desacato a superior é “desacatar”, ou seja, faltar com o devido respeito ou com o acatamento, desmerecer, menoscabar, afrontar, por meio de ofensa à dignidade, ao decoro, ou por procurar deprimir a autoridade do superior.

Dignidade consiste no conjunto de atributos morais da pessoa do superior que infundem respeito, como a honra, a autoridade, a nobreza, configurando-se o delito, por exemplo, quando o superior é chamado de “ladrão”. *Decoro*, por sua vez, é o conjunto de atributos físicos e intelectuais do superior, aquilo que evidencia sua decência, configurando-se o delito, por exemplo, quando se chama o superior de “burro”. *Deprimir a autoridade* do superior consiste não no ato de ofendê-lo em sua dignidade ou decoro, mas no de atacar a força inerente ao seu cargo, desdenhando de seu poder de mando, de solucionar problemas, decidir questões atinentes ao serviço etc. Configurou-se esse delito, por exemplo, no caso de um soldado que disse a um cabo que ele “não mandava em nada, nem mesmo em sua casa”, e em seguida proferiu-lhe

palavras de baixo calão (TJM, Apelação n. 5.773/07, Feito n. 46.211/06, 4ª Auditoria, rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho, j. em 27-10-2009).

É lugar-comum na doutrina e na jurisprudência a necessidade de o superior desacatado (ofendido) estar presente no ato para a caracterização do delito, não sendo, entretanto, necessário que o desacato seja face a face; basta que seja percebido, motivo pelo qual é possível sustentar que a conduta possa ser perpetrada até mesmo por rádio de comunicação, ou outro meio de comunicação em tempo real, como no caso de uma videoconferência. Nesse sentido, tratando do crime comum de desacato (art. 331 do CP), temos Rogério Greco:

“Para que ocorra o delito de desacato, faz-se necessária a presença do funcionário público, não se exigindo, contudo, seja a ofensa proferida face a face, bastando que, de alguma forma, possa escutá-la, presenciá-la, enfim, que seja por ele percebida (...)”**[1729]**.

Urge brevemente distinguir o desacato a superior do crime de desrespeito a superior (art. 160 do CPM). Em primeiro aporte, o desrespeito consiste em uma falta de considerAção mais branda – por essa razão é um crime subsidiário –, enquanto o desacato traduz-se em franca agressão ao superior, de modo mais agressivo, ofendendo-lhe a própria dignidade, o decoro etc. Mas a principal diferença está na necessidade de, para se configurar o desacato, haver o que Lélio Braga Calhau intitulou *nexo funcional*. Nas palavras do autor:

“Para a configuração do delito se faz necessário o *nexo funcional*, ou seja, que a ofensa seja proferida no exercício da função ou que seja perpetrada em razão dela. Esse nexo funcional pode se apresentar de duas formas: *ocasional* ou *causal*. Será *ocasional* quando a ofensa ocorre onde e quando esteja o funcionário a exercer funções de seu cargo – ou de caráter *causal*, quando, embora presente, o ofendido não esteja a desempenhar ato de ofício, mas a ofensa se dê em razão do exercício de sua função pública”**[1730]**.

Bem verdade que esse nexo causal não está expresso no tipo penal, como ocorre no crime comum de desacato (art. 331 do CP) ou mesmo nos crimes militares de desacato a militar de serviço (art. 299 do CPM) e desacato a

assemelhado ou funcionário (art. 300 do CPM), mas a capitulação deste delito – desacato a superior – dentre os crimes contra a Administração Militar comanda essa lógica conclusão.

Assim, ausente o *nexo funcional* (*ocasional* ou *causal*), a ofensa a superior deverá ser compreendida como crime de desrespeito a superior, capitulado no art. 161 do CPM, podendo-se dizer, então, que o desacato a superior poderia ser compreendido como o desrespeito a superior praticado no desempenho da função, ou em razão dela.

É possível, para a maioria da doutrina, sem se centrar no *pacto federativo*, que tanto discutimos na Parte Geral, o desacato a superior entre militares de Unidades Federativas distintas, em que o sujeito ativo é policial ou bombeiro militar de um Estado e o ofendido, de outro, sendo o juízo competente a Auditoria do Estado a que pertence o acusado. Somente para ilustração, imagine que um policial militar de São Paulo esteja fazendo curso de especialização na Polícia Militar de Santa Catarina e lá desacate um superior hierárquico.

Por outro lado, inviável, pelo que já postulamos nos comentários à Parte Geral, o desacato a superior entre militares estaduais contra federais e vice-versa.

No parágrafo único do art. 298, em análise, há causa especial de aumento de pena quando o ofendido for Oficial General ou Comandante da Unidade a que pertence o agente.

Nas Forças Armadas, o generalato é o maior círculo das três Forças, e a motivação da majoração da pena – que deve atender ao disposto no art. 73 do CPM – é a mesma que já foi expressa no crime de violência contra superior (art. 157 do CPM). Os Oficiais-Generais, em tempo de paz e em ordem crescente, são: na Marinha de Guerra do Brasil, o Contra-Almirante, o Vice-Almirante e o Almirante de Esquadra; no Exército Brasileiro, o General de Brigada, o General de Divisão e o General de Exército; na Força Aérea Brasileira, o Brigadeiro, o Major-Brigadeiro e o Tenente-Brigadeiro**[1731]**.

Nas Polícias Militares, por imposição do Decreto-Lei federal n. 667, de

2 de julho de 1969, o ápice do oficialato é o posto de Coronel, não cabendo, portanto, a incidência dessa causa especial de aumento de pena. Como ocorre em São Paulo, algumas Polícias Militares conferem aos Comandantes-Gerais, por previsão do Regulamento de Honras e Continências, *status* de Oficial-General. Tal previsão, no entanto, não os caracteriza como Oficiais-Generais para fins penais militares, ou, do contrário, estaríamos utilizando a analogia *in malam partem*. Dessarte, um desacato perpetrado contra o Comandante-Geral não terá a majoração em foco, não se podendo, aqui, proceder a uma interpretação extensiva, já que não se pode inferir esse caminho, essa linha de raciocínio.

• **Elemento subjetivo**: o crime de desacato a superior só admite a forma dolosa, a intenção, a vontade livre e consciente de menoscabar aquele que se sabe ser superior hierárquico, no desempenho da função ou em razão dela. O nervosismo não afasta esse ânimo (TJMSP, Ap. Crim. 5.693/07, Feito n. 43.481/05, 4ª Auditoria, j. em 29-9-2009, rel. Juiz Cel. PM Clovis Santinon).

Aqui também são válidos os comentários acerca do art. 47 do CPM, a afastar o dolo pelo desconhecimento da condição de superior (inciso I); no que tange à ação desrespeitosa praticada em repulsa a agressão (inciso II), conferir os comentários já consignados ao art. 157 do CPM. Na verdade, à letra da lei penal militar, estaria afastada a própria tipicidade objetiva ("deixam de ser elementos constitutivos do crime"), mas preferimos entender que há a afetação do dolo. Essas situações, no entanto, devem ser demonstradas:

"Delito tipificado no artigo 298 do CPM caracterizado. Presença do dolo específico na conduta do policial militar, consistente na vontade livre e conciente de proferir palavra ou praticar ato injurioso, com a finalidade de desprestigiar a autoridade do superior hierárquico. A alegação de reação à provocação do superior hierárquico não mereceu respaldo no conjunto probatório, que conduziu seguramente à condenação" (TJMSP, Ap. Crim. 5.300/04, Feito n. 33.232/02, 4ª Auditoria, j. em 11-8-2005, rel. Juiz Cel. PM Lourival Costa Ramos).

Também no delito de desacato a superior, a exemplo do de desrespeito a superior, tem-se decidido que a embriaguez voluntária não afasta o elemento

subjetivo nem a imputabilidade.

Nesse sentido, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, *vide* a Apelação Criminal n. 5.247/03 (Feito n. 31.231/01, 4ª Auditoria, j. em 16-12-2003, rel. Juiz Cel. PM Ubirajara Almeida Gaspar):

"Conjunto probatório harmônico, farto e coeso no sentido de que o réu dirigiu às vítimas expressões depreciativas e ofensivas à dignidade e ao decoro, principalmente do superior hierárquico. O artigo 49 do Código Penal Militar somente considera causa excludente de imputabilidade a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. Na esfera militar a bebida alcoólica não pode representar salvo-conduto à prática de atos contrários às normas militares".

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de qualquer ato que se traduza em desacato, seja palavra, seja escrito, gesto etc., independentemente de o superior sentir-se menoscabado.

• **Tentativa:** é possível em alguns casos, por exemplo, na situação em que o autor pratica o desacato por escrito que é interceptado por circunstâncias alheias à sua vontade. Nesse sentido, Rogério Greco, ao tratar do crime comum de desacato: "Dependendo da forma como o delito é praticado, será possível o reconhecimento da tentativa. No entanto, na maioria das hipóteses, trata-se de crime monossubsistente, no qual não se pode fracionar o *iter criminis*, impossibilitando, assim, o raciocínio relativo ao *conatus*"**[1732]**.

Em sentido oposto, não admitindo a tentativa, Célio Lobão: "Não admite tentativa, tendo toda razão Damásio de Jesus ao expor que não convencem os exemplos de crime tentado, mencionados por alguns autores (...). No exemplo da fotografia, do desenho ou do escrito, se não chegam ao conhecimento do superior, mesmo por motivos alheios à vontade do agente, inexiste o crime de desacato, resolvendo-se no âmbito disciplinar, caso não encontre definição em outro dispositivo penal militar"**[1733]**.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito só pode ser perpetrado por militar,

porque somente este tem superior, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada ou reformado, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.2. Desacato a militar

• **Tipo legal**

Art. 299. Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de desacato a militar tem por objeto jurídico a Administração Militar, guardando a autoridade dela oriunda na figura do militar desacatado.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser praticado por qualquer pessoa, seja militar da ativa (federal ou estadual), militar da reserva ou reformado, ou ainda por um civil, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1734]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada em função do menoscabo diante de seu representante, bem como o militar em exercício de função de natureza militar e, embora de forma mediata, o militar desacatado.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta no crime de desacato a

militar é “desacatar”, ou seja, faltar com o devido respeito ou com o acatamento, desmerecer, menoscabar, afrontar a autoridade do militar em função de natureza militar. O militar que é vítima secundária (sujeito passivo mediato) deve estar em função de natureza militar ou, ainda, o desrespeito deve ter-lhe sido dirigido por decorrência da função. Já se considerou desacato a militar, por exemplo, a conduta de um “Major reformado da Polícia Militar que, em entrevero com guarnição da Polícia Militar, exercendo função de natureza militar, ofende, desrespeita, injuria e vilipendia os militares, sem razão, com palavras chulas e de baixo calão, deprimindo-lhes a autoridade – o que contraria seu dever – comete o crime militar de desacato a militar (art. 9º, inc. III, letra ‘d’, do CPM)” (TJMMG, Ap. 2.253, Proc. n. 19.462, 2ª AJME, rel. Juiz Cel. PM Jair Cançado Coutinho, j. em 4-11-2003).

Exige-se, assim como no crime de desacato a superior visto acima, a existência do *nexo funcional*, aqui expressamente previsto no tipo. Acerca desse nexo, repetimos as palavras de Lélio Braga Calhau:

“Para a configuração do delito se faz necessário o *nexo funcional*, ou seja, que a ofensa seja proferida no exercício da função ou que seja perpetrada em razão dela. Esse nexo funcional pode se apresentar de duas formas: *ocasional* ou *causal*. Será *ocasional* quando a ofensa ocorre onde e quando esteja o funcionário a exercer funções de seu cargo – ou de caráter *causal*, quando, embora presente, o ofendido não esteja a desempenhar ato de ofício, mas a ofensa se dê em razão do exercício de sua função pública”**[1735]**.

É exatamente esse nexo funcional que irá diferenciar o crime de desacato a militar de um eventual crime contra a honra. Nesse sentido *vide*, do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, a Apelação n. 2.629 (Proc. n. 29.546, 1ª AJME, j. em 13-4-2010, rel. Juiz Cel. PM Sócrates Edgard dos Anjos):

“APELAÇÃO CRIMINAL – DESACATO – DESCLASSIFICAÇÃO – IN-JÚRIA – IMPOSSIBILIDADE – MILITAR EM SERVIÇO E TRATANDO DE ASSUNTOS DE SERVIÇO – PROVIMENTO NEGADO. A injúria se diferencia basicamente do desacato em razão da condição funcional do militar, sendo que o bem jurídico tutelado deste é a Administração Militar. Resta

configurado o delito de desacato, quando o funcionário público, ainda que não esteja no regular exercício de suas atribuições, tenha sido ofendido em razão de sua condição funcional. Nega-se provimento ao recurso”.

Função de natureza militar, para Jorge Alberto Romeiro, com base no art. 23 do Estatuto dos Militares, “é o exercício das obrigações inerentes ao cargo militar”**[1736]**, devendo-se, no entanto, restringir a compreensão para as atividades ligadas às constitucionalmente destinadas às Instituições Militares, ou seja, preservação da ordem pública para as Polícias Militares, defesa civil para os Corpos de Bombeiros Militares – além de outras definidas em lei – e defesa da Pátria, dos Poderes Constituídos, e da lei e da ordem para as Forças Armadas.

Já trouxemos à baila alguns julgados nos quais se decidiu que o policiamento ostensivo desempenhado pelas Polícias Militares é de natureza civil, e não militar. É o que também sustenta, por exemplo, no plano doutrinário, Loureiro Neto**[1737]**. Logo, por essa vertente, todas as operações policiais de preservação da ordem pública deveriam ser entendidas como de natureza civil, não militar, o que afasta a incidência do tipo penal em estudo, sobrando às Polícias Militares, como de natureza militar, apenas as atividades relacionadas à guarda dos quartéis, às manobras e acantonamentos.

Entendimento equivocado, com o devido respeito!

A visão de que o policiamento ostensivo não se enquadra em função de natureza militar, assim entendemos, sedimentou-se com a Súmula 297, de 13 de dezembro de 1963, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “Oficiais e praças das milícias dos Estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles”.

Note-se que pelo conteúdo da Súmula supracitada, era muito clara a limitação da lei penal militar aos militares dos Estados, havendo uma predisposição a considerá-los civis quando na função de policiamento ostensivo.

Essa visão permaneceu intacta com a edição do atual Código Penal Militar, em 1969, até que, em 1977, com a chegada do “Pacote de Abril”, conjunto de alterações normativas da lavra do Presidente Ernesto Geisel, uma

alteração constitucional rechaçou por completo a Súmula e a visão por ela encerrada.

Com efeito, a redação da Constituição Federal de 1967, mesmo com a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, ao tratar das Justiças Estaduais, era muito abrangente para o foro castrense no âmbito dos Estados, visto que a alínea *d* do § 1º do art. 144 dispunha apenas que a Justiça Militar Estadual era constituída em primeira instância pelos Conselhos de Justiça e que tinha como órgãos de segunda instância o próprio Tribunal de Justiça, nada mencionando acerca da competência, favorecendo, pois, o entendimento restritivo do STF.

Ocorre que, em 13 de abril de 1977, pela Emenda Constitucional n. 7 ("Pacote de Abril de 1977"), o dispositivo constitucional ganhou nova redação, agora mencionando que a Justiça Militar Estadual, constituída em primeira instância pelos Conselhos de Justiça, e, em segunda, pelo próprio Tribunal de Justiça, possuía competência para processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os integrantes das policiais militares, não permitindo mais a aplicação da Súmula 297.

A Constituição Federal de 1988 manteve a competência de julgamento das Justiças Militares dos Estados em sua redação, agora no § 4º do art. 125, que não sofreu restrição, salvo no crime doloso contra a vida de civil, com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004**[1738]**, podendo-se afirmar, com absoluta certeza, que a Súmula 297 do Pretório Excelso não mais vige**[1739]**, embora, não raramente, alguns desavisados façam questão de resgatá-la.

Nesse contexto, entendemos que as funções constitucionalmente destinadas às Instituições Militares são as *de natureza militar* na abrangência deste tipo penal.

Entendendo que militares do Estado em policiamento podem ser vítimas (secundárias) do crime em estudo, *vide*, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, a Apelação Criminal n. 5.919/08 (Feito n. 46.983/07, 4ª Auditoria, j. em 25-3-2010, rel. Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior): "Incide

em desacato a militar o policial militar que, na presença de civis, dirige palavras ofensivas a *miliciano em atendimento de ocorrência*, com a finalidade de desprestigiar a função por ele desempenhada". (g. n.)

Do mesmo Tribunal, *vide* ainda a Apelação Criminal n. 6.009/09 (Feito n. 48.248/07, 4ª Auditoria, j. em 1º-12-2009, rel. Juiz Paulo A. Casseb): "É vedado aplicar a lei dos juizados especiais (Lei n. 9.099/95) no âmbito da Justiça Militar. Incide no crime de desacato a militar o subtenente reformado que dirige ofensas verbais a sargento durante regular apreensão de veículo".

No âmbito federal, note-se, não há o problema acima suscitado, porquanto todas as atividades são, pela doutrina e jurisprudência, consideradas de natureza militar, uma vez que decorrem das atribuições de forças puramente militares.

Também aqui é lugar comum na doutrina e na jurisprudência a necessidade de que o militar desacatado (ofendido) esteja presente no ato para caracterização do delito, não sendo, entretanto, necessário que o desacato seja face a face; basta que seja percebido, motivo pelo qual, é possível sustentar que a conduta pode ser perpetrada até mesmo por rádio de comunicação ou outro meio de comunicação em tempo real, como no caso de uma videoconferência. Nesse sentido, tratando do crime comum de desacato (art. 331 do CP), temos Rogério Greco: "Para que ocorra o delito de desacato, faz-se necessária a presença do funcionário público, não se exigindo, contudo, seja a ofensa proferida face a face, bastando que, de alguma forma, possa escutá-la, presenciá-la, enfim, que seja por ele percebida. (...)"[1740].

• **Elemento subjetivo:** o crime de desacato a militar só admite a forma dolosa, ou seja, a intenção, a vontade livre e consciente de menoscabar aquele que se sabe ser militar em função ou em razão dessa função.

Aqui também são válidos os comentários acerca do art. 47 do CPM, a afastar o dolo quando a ação desrespeitosa é praticada em repulsa a agressão (inciso II), bem como os comentários já consignados para o art. 157 do CPM. Na verdade, à letra da lei penal militar, estaria afastada a própria tipicidade objetiva ("deixam de ser elementos constitutivos do crime"), mas preferimos entender

que há a afetação do dolo. Essa situação, assim como no crime de desacato a superior, deve ser demonstrada.

Também no delito de desacato a militar, a exemplo do desacato a superior, tem-se decidido que a embriaguez voluntária não afasta o elemento subjetivo nem a imputabilidade.

Nesse sentido, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, *vide* a Apelação Criminal n. 5.247/03 (Feito n. 31.231/01, 4ª Auditoria, j. em 16-12-2003, rel. Juiz Cel. PM Ubirajara Almeida Gaspar):

"Conjunto probatório harmônico, farto e coeso no sentido de que o réu dirigiu às vítimas expressões depreciativas e ofensivas à dignidade e ao decoro, principalmente do superior hierárquico. O artigo 49 do Código Penal Militar somente considera causa excludente de imputabilidade a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. Na esfera militar a bebida alcoólica não pode representar salvo-conduto à prática de atos contrários às normas militares".

Do mesmo Tribunal, *vide* a Apelação Criminal n. 4.643/03 (Feito n. 15.903/96, 4ª Auditoria, j. em 14-5-2002, rel. Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior): "Aspirante a Oficial, de folga, civilmente trajado, no interior de casa noturna, agride Cabo da Polícia Militar, em serviço, com palavras de baixo calão. Descaracterizada a embriaguez involuntária (art. 49 do CPM) a beneficiar o réu. Desacato a militar tipificado".

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de qualquer ato que se traduza em desacato, seja palavra, seja escrito, gesto etc., ainda que o militar não se sinta aviltado.

• **Tentativa:** é possível em alguns casos, por exemplo, na situação em que o autor pratica o desacato por escrito que é interceptado por circunstâncias alheias à sua vontade. Nesse sentido, Rogério Greco, ao tratar do crime comum de desacato: "Dependendo da forma como o delito é praticado, será possível o reconhecimento da tentativa. No entanto, na maioria das hipóteses, trata-se de crime monossubsistente, no qual não se pode fracionar o *iter criminis*, impossibilitando, assim, o raciocínio relativo ao *conatus*"**[1741]**.

Em sentido oposto, Célio Lobão: “Não admite tentativa, tendo toda razão Damásio de Jesus ao expor que não convencem os exemplos de crime tentado, mencionados por alguns autores (...). No exemplo da fotografia, do desenho ou do escrito, se não chegam ao conhecimento do superior, mesmo por motivos alheios à vontade do agente, inexiste o crime de desacato, resolvendo-se no âmbito disciplinar, caso não encontre definição em outro dispositivo penal militar”**[1742]**.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.3. Desacato a assemelhado ou funcionário

• **Tipo legal**

Art. 300. Desacatar assemelhado ou funcionário civil no exercício de função ou em razão dela, em lugar sujeito à administração militar:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de desacato a assemelhado ou a funcionário tem por objeto jurídico a Administração Militar, guardando a autoridade dela oriunda na figura do funcionário.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em

estudo pode ser praticado por qualquer pessoa, seja militar da ativa (federal ou estadual), militar da reserva ou reformado, ou ainda por um civil, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1743]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada em função do menoscabo diante de seu representante, ou seja, apenas o funcionário civil, já que o assemelhado, conforme já sustentamos, é figura extinta. Também figura no polo passivo, embora de forma mediata, o funcionário desacatado.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta no crime de desacato a funcionário, mais uma vez é "desacatar", ou seja, faltar com o devido respeito ou com o acatamento, desmerecer, menoscabar, afrontar a autoridade do funcionário da Administração Militar.

Exige-se, assim como nos crimes de desacato a superior e a militar vistos acima, a existência do *nexo funcional*, aqui também expressamente previsto no tipo. Acerca desse nexo, mais uma vez repetimos as palavras de Lélio Braga Calhau:

"Para a configuração do delito se faz necessário o *nexo funcional*, ou seja, que a ofensa seja proferida no exercício da função ou que seja perpetrada em razão dela. Esse nexo funcional pode se apresentar de duas formas: *ocasional* ou *causal*. Será *ocasional* quando a ofensa ocorre onde e quando esteja o funcionário a exercer funções de seu cargo – ou de caráter *causal*, quando, embora presente, o ofendido não esteja a desempenhar ato de ofício, mas a ofensa se dê em razão do exercício de sua função pública"**[1744]**.

Assim como nos delitos anteriores de desacato, há necessidade de que o funcionário desacatado (ofendido) esteja presente no ato para a caracterização do delito, não sendo, entretanto, necessário, que o desacato seja face a face; basta que seja percebido. Nesse sentido, tratando do crime comum de desacato (art. 331 do CP), temos Rogério Greco: "Para que ocorra o delito de desacato, faz-se necessária a presença do funcionário público, não se exigindo, contudo, seja a ofensa proferida face a face, bastando que, de alguma forma, possa

escutá-la, presenciá-la, enfim, que seja por ele percebida. (...)”[1745].

Destaque-se que a conduta só caracterizará crime militar se praticada em local sujeito à administração militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, para nós e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

Caso o fato ocorra em local não sujeito à Administração Militar, o fato poderá se caracterizar como crime comum de desacato (art. 331 do CP), uma vez que o funcionário civil é, antes de mais nada, funcionário público, e a tipicidade se encerra pelo fato de que a falta de respeito para com ele se deu em razão da função ou durante execução desta.

• **Elemento subjetivo:** o crime de desacato a funcionário só admite a forma dolosa, ou seja, a intenção, a vontade livre e consciente de menoscabar aquele que se sabe ser funcionário no exercício da função ou em razão dela.

Também no delito de desacato a funcionário, a exemplo do desacato a superior e a militar, a embriaguez voluntária não afasta o elemento subjetivo nem a imputabilidade.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de qualquer ato que se traduza em desacato, seja palavra, seja escrito, gesto etc., ainda que o militar não se sinta aviltado.

• **Tentativa:** é possível em alguns casos, por exemplo, na situação em que o autor pratica o desacato por escrito que é interceptado por circunstâncias alheias à sua vontade. Nesse sentido, Rogério Greco, ao tratar do crime comum de desacato: “Dependendo da forma como o delito é praticado, será possível o reconhecimento da tentativa. No entanto, na maioria das hipóteses, trata-se de crime monossubsistente, no qual não se pode fracionar o *iter criminis*, impossibilitando, assim, o raciocínio relativo ao *conatus*”[1746].

Em sentido oposto, Célio Lobão: “Não admite tentativa, tendo toda razão Damásio de Jesus ao expor que não convencem os exemplos de crime tentado, mencionados por alguns autores (...). No exemplo da fotografia, do desenho ou do escrito, se não chegam ao conhecimento do superior, mesmo por motivos alheios à vontade do agente, inexiste o crime de desacato, resolvendo-se no âmbito disciplinar, caso não encontre definição em outro dispositivo penal militar”**[1747]**.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 331 do Código Penal comum (assim como no art. 372 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato ocorra em lugar sob a Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.4. Desobediência

• **Tipo legal**

Art. 301. Desobedecer a ordem legal de autoridade militar:

Pena – detenção, até seis meses.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de desobediência tem por objeto jurídico a Administração Militar, guardando a autoridade dela oriunda

na figura do militar de quem a ordem emana.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser praticado por qualquer pessoa, seja militar da ativa (federal ou estadual), militar da reserva ou reformado, ou ainda por um civil, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1748]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado pela Instituição Militar. Também figura no polo passivo, embora de forma mediata, a autoridade militar de quem a ordem emanou.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta no tipo penal em análise é "desobedecer", ou seja, não obedecer, não acatar, não atender à ordem de autoridade militar, o que pode dar-se por ação – fazendo algo diverso do que foi determinado – ou por omissão – negando-se, simplesmente, a fazer o que foi determinado, sem adotar outra ação. Nesse sentido, comentando o crime previsto no art. 330 do Código Penal, Rogério Greco expõe:

"O núcleo do tipo é o verbo *desobedecer*, que significa deixar de atender, não cumprir a ordem legal de funcionário público, seja fazendo ou mesmo deixando de fazer alguma coisa que a lei impunha"**[1749]**. E complementa: "O núcleo *desobedecer* pode ser interpretado tanto comissiva quanto omissivamente. Assim, pratica o crime de desobediência aquele que faz alguma coisa a que tinha sido legalmente proibido pelo funcionário público competente, bem como deixa de fazer alguma coisa que lhe havia determinado legalmente que fizesse"**[1750]**.

Frise-se que essa oposição não contém violência ou ameaça direcionada à autoridade militar, sob pena de estar configurado o crime de resistência (art. 177 do CPM), e não o de desobediência.

Por evidente, a ordem em questão deve ser manifestamente legal e, por constituir um ato administrativo, deve atender a seus pressupostos de validade. Assim, a ordem deve ser emitida por autoridade com atribuição para tanto e endereçada a quem tenha competência para cumpri-la (competência), deve objetivar o bem comum, alvo de toda a Administração Pública (finalidade),

deve observar, se assim exigida pela norma de direito, a forma prescrita, ser desencadeada por um fato que, logicamente, exija a emissão daquela ordem (motivo) e também possuir conteúdo lícito e possível (objeto).

Acerca do obejto da ordem, deve apenas ter conteúdo genérico, ou seja, não carecendo, como no caso do crime de recusa de obediência, ser ordem atinente ao serviço ou a dever imposto por lei, regulamento ou instrução. Assim, comete o delito de desobediência aquele que não acata, por exemplo, ordem de parada em fiscalização de trânsito, pois, ainda que seja policial militar, o conteúdo da ordem diz respeito a um dever imposto a todos, e não no bojo de uma relação hierárquica, em que ocorreria a recusa de obediência. Nesse aspecto, o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n. 5.655/07 (Feito n. 41.606/05, 4ª Auditoria, j. em 31-7-2007, rel. Juiz Cel. PM Fernando Pereira), decidiu:

"Policial militar, fora do horário de serviço, conduz motocicleta em desacordo com a legislação de trânsito. Instado a parar o veículo para averiguação, executa manobra arriscada com o fito de evadir-se do local. Denotado o dolo na conduta do apelado pela vontade livre e consciente de desobediência à ordem legal emanada por autoridade militar".

No que concerne ao crime de desobediência diante de uma infração de trânsito em que caiba penalidade administrativa, no entanto, é preciso alertar que o Supremo Tribunal Federal tem seguido orientação no sentido da inexistência de crime em homenagem ao caráter subsidiário da norma penal. Nesse sentido, *vide* o *Habeas Corpus* n. 88.452/RS (2ª Turma, j. em 2-5-2006, rel. Min. Eros Grau):

"*EMENTA*: *HABEAS CORPUS*. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. MOTORISTA QUE SE RECUSA A ENTREGAR DOCUMENTOS À AUTORIDADE DE TRÂNSITO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. A jurispru-dência desta Corte firmou-se no sentido de que não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal. Hipótese em que o paciente, abordado por agente de trânsito, se recusou a exibir documentos pessoais e do veículo, conduta prevista no Código de Trânsito

Brasileiro como infração gravíssima, punível com multa e apreensão do veículo (CTB, artigo 238). Ordem concedida".

Com efeito, como já destacamos, a intervenção penal é por demais gravosa e somente deve ser efetivada, primeiro, para contemplar bens jurídicos de notável relevância — *fragmentariedade* — e, na sequência, quando falharem as demais ferramentas jurídicas de controle social — *subsidiariedade*. Uma vez detectada a eficiência de outro ramo do Direito, deve-se prescindir da utilização do "amargo remédio" do Direito Penal. Contudo, essa avaliação deve ser muito cautelosa no Direito Penal Militar, porquanto, em alguns casos, quando o sujeito ativo de um crime militar for militar, haverá como reflexo uma sanção disciplinar afeta a outro ramo do Direito, o que poderia, pela construção desmedida da subsidiariedade, resultar em uma grande inoperância do Direito Penal Militar. Assim, a invocação da subsidiariedade deve ser feita no caso concreto e verificando se a Instituição Militar não foi aviltada gravemente a ponto de, mesmo havendo conveniente intervenção de outro ramo do Direito (Direito de Trânsito, Direito Administrativo-disciplinar etc.), deve ela ser considerada insuficiente e, portanto, exigir a aplicação do Direito Penal Militar, alinhado à preponderante finalidade da pena de prevenção geral.

É o que parece encerrar a Apelação Criminal n. 5.771/07 (Feito n. 46.386/06, 4ª Auditoria), do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (j. em 28-4-2009, rel. Juiz Cel. PM Clovis Santinon):

"Miliciano deixa de obedecer ordem legal emanada de autoridade militar. Proceder doloso consubstanciado na vontade livre e consciente de desobediência à determinação de superior hierárquico. Conduta atentatória à hierarquia, à disciplina, bem como ofensiva à reputação e à dignidade da Administração Militar. *O procedimento de cunho administrativo que não reconheceu a existência de transgressão disciplinar não tem repercussão na esfera penal, face à independência das instâncias.* Mantida a decisão recorrida". (g. n.)

A ordem, ademais, pode ser dada *direta* ou *indiretamente*, ou seja, pela própria autoridade militar ou por interposta pessoa. Pode, ainda, ser por escrito ou verbalmente, mesmo porque a dinâmica da atividade militar, e mesmo a da

Polícia Militar e a do Corpo de Bombeiro Militar, é enorme e não oferece, em vista do risco de consequências graves com que se defronta, condições de se cobrar sempre ordem por escrito ou ainda face a face.

Aqui não há o conflito disciplinar que se verifica na recusa de obediência, visto que de um lado estará a autoridade militar – militar do Estado ou das Forças Armadas, em desempenho de atividade que lhe dê autoridade sobre todas as pessoas, em especial no desempenho de atividade decorrente do Poder de Polícia, a exemplo do policiamento ostensivo, e de atividade de garantia da lei e da ordem – e, de outro, qualquer pessoa que tenha o dever de acatar a ordem, que, ao não fazê-lo, torna-se sujeito ativo do crime.

Por fim, brevemente, deve-se distinguir o crime de recusa de obediência (art. 163 do CPM) do crime em estudo, a desobediência (art. 301). Em primeiro aporte, como já consignamos ao estudar o delito de recusa de obediência, parece-nos ultrapassada a distinção tradicional apontada por Esmeraldino Bandeira, segundo a qual a *recusa de obediência* é omissiva, enquanto a *desobediência* é comissiva, uma vez que os dois tipos penais, hoje previstos expressamente no Código Penal Militar, possuem outros elementos distintivos, sendo importante consignar que os verbos nucleares, embora não sejam idênticos graficamente, possuem exatamente o mesmo conteúdo, pois *recusar a obedecer*, previsto no delito de recusa de obediência, é *desobedecer*, previsto no crime de desobediência.

A distinção, então, não pode residir na natureza comissiva ou omissiva da conduta, e sim em elementos especializantes dos tipos penais, devendo-se reconhecer, em nome da especialidade, que o crime de recusa de obediência é mais específico que o de desobediência, porquanto prevê especificamente o sujeito ativo (inferior hierárquico ou funcional) e o objeto da ordem não acatada, que, embora obviamente legal, há de ser sobre assunto atinente ao serviço ou a dever imposto por lei, regulamento ou instrução. Quando a ordem relativa a um dever imposto a todos, não decorrente de uma relação hierárquico-funcional, não for cumprida (por ação ou omissão), ainda que por um inferior hierárquico ou funcional, o crime será de desobediência.

• **Elemento subjetivo:** o crime em foco apenas admite a modalidade

dolosa, ou seja, a vontade livre e consciente de não acatar, por ação ou omissão, a ordem de autoridade militar.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática ou a não prática de conduta, desde que seja contrária à determinação dada pela autoridade militar. Caso a ordem tenha fixado prazo para seu cumprimento, a desobediência só sobrevirá com o término desse período, não sendo possível falar em crime de desobediência por manifestação de não cumprimento de ordem que deveria ser cumprida futuramente.

• **Tentativa:** entende-se possível neste delito, obviamente na forma comissiva. Nesse sentido, Rogério Greco: "Dependendo da hipótese concreta, será possível o reconhecimento da tentativa, desde que se possa fracionar o *iter criminis*, como nos casos relativos aos delitos plurissubsistentes, ficando inviabilizada nas hipóteses de crimes monossubsistentes, a exemplo de quando houver uma omissão própria"**[1751]**.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 330 do Código Penal comum e no art. 371 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que a ordem legal desobedecida seja de autoridade militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.5. Ingresso clandestino

• **Tipo legal**

Art. 302. Penetrar em fortaleza, quartel, estabelecimento militar, navio, aeronave, hangar ou em outro lugar sujeito à administração militar, por onde seja defeso ou não haja passagem regular, ou iludindo a vigilância da sentinela ou de vigia:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de ingresso clandestino tem por objeto jurídico a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser praticado por qualquer pessoa, seja militar da ativa (federal ou estadual), militar da reserva ou reformado, ou ainda por um civil, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1752]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta neste tipo penal é "penetrar", ou seja, entrar, transpor, passar para dentro de qualquer local sujeito à administração militar, desde que esse local seja proibido (defeso), não haja passagem regular, precisando o autor superar um obstáculo, entrando por alçapão, janela, túnel etc., ou, por fim, iludindo a vigilância das sentinelas que ali estão para se opor à entrada de quem quer que seja. Em qualquer das situações, o autor realiza seu intento às escondidas, pois, caso o faça de forma evidente, com afronta, por exemplo, a uma ordem emanada, estará configurado outro delito, como o crime de oposição à ordem de sentinela (art. 164 do CPM) ou de desobediência (art. 301 do CPM).

Destaque-se que há previsão de que a conduta caracterizará crime militar se praticada em *fortaleza, quartel, estabelecimento militar, navio, aeronave, hangar ou em outro lugar sujeito à administração militar*. A expressão

em outro lugar sujeito à administração militar conduz à interpretação de que o navio, a aeronave e o hangar, além obviamente da fortaleza, do quartel e do estabelecimento militar, devem ser sujeitos à Administração Militar, podendo-se, enfim, dizer que o crime somente se verificará se o ingresso ocorrer em lugar sujeito à Administração Militar. Acerca desse elemento espacial previsto no tipo penal, como defendemos nos comentários à Parte Geral, a nosso ver e na ausência de norma legal definidora, deve ser compreendido sob três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela Administração Militar e segurança.

Sobre referidos critérios, *vide* nossos comentários à Parte Geral e ao art. 146 desta Parte Especial.

O preceito secundário do tipo penal militar em foco, ao fixar uma pena de detenção, de seis meses a dois anos, *se o fato não constitui crime mais grave*, o torna crime subsidiário.

• **Elemento subjetivo:** aceita-se somente o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de praticar a conduta indevida. Caso o autor entre em local dessa ordem por descuido (negligência), a conduta será atípica para este delito.

• **Consumação:** o delito se consuma com a passagem do corpo do autor, total ou parcialmente, do limite físico do local protegido.

• **Tentativa:** é possível no caso do autor que rompe o obstáculo mas é surpreendido antes da entrada ou ainda quando é impedido de consumar seu intento pelas sentinelas ou vigias.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2. DO PECULATO

2.1. Peculato

• **Tipo legal**

Art. 303. Apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou detenção, em razão do cargo ou comissão, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena – reclusão, de três a quinze anos.

§ 1º A pena aumenta-se de um terço, se o objeto da apropriação ou desvio é de valor superior a vinte vezes o salário mínimo.

Peculato-furto

§ 2º Aplica-se a mesma pena a quem, embora não tendo a posse ou detenção do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou contribui para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de militar ou de funcionário.

Peculato culposo

§ 3º Se o funcionário ou o militar contribui culposamente para que outrem subtraia ou desvie o dinheiro, valor ou bem, ou dele se aproprie:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

Extinção ou minoração da pena

§ 4º No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede a

sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de peculato, obviamente, tem por objeto jurídico a Administração Militar, guardando sua moralidade, sua ordem administrativa. Não se pode negar, no entanto, que embora, não tenha natureza patrimonial, há uma tutela mediata do patrimônio.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser classificado como próprio, ou seja, exige-se a qualidade especial de funcionário público (*intraneus*), devendo-se utilizar por parâmetro, na ausência da lei penal militar, o art. 327 do Código Penal comum, para a prática do delito. No entanto, esse funcionário público não precisa ser militar; pode ser um funcionário civil atuando na Administração Militar, o que, na dicotomia entre crime propriamente militar e impropriamente militar, leva-nos a classificá-lo como crime impropriamente militar, pois pode ser perpetrado por alguém que não seja militar, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1753]**.

O particular, que não possua função pública, obviamente poderá, no concurso de pessoas, figurar no polo ativo, tendo-lhe comunicada a condição de funcionário público, em razão do disposto no § 1º do art. 53 do CPM, mais uma vez, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União.

Como o crime em foco exige relação da conduta com a função pública, obviamente, exclui-se da sujeição ativa o militar inativo, exceto se em concurso de pessoas (§ 1º do art. 53 do CPM) ou se estiver exercendo função em razão de estar sendo empregado regularmente na administração militar, nos termos do art. 12 do CPM.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada, bem como, de forma mediata, a pessoa jurídica ou natural que suportou a lesão patrimonial.

• **Elementos objetivos:** o crime de *peculato* – nome oriundo do latim *pecus*, significando gado, que era a riqueza mensurada na época, antes de a

moeda assumir essa função – apresenta algumas modalidades específicas: peculato-apropriação ou desvio (*peculato próprio*), peculato-furto (*peculato impróprio*), peculato culposo e peculato mediante aproveitamento de erro de outrem, este capitulado no CPM no art. 304, que veremos em seguida.

Iniciando pelo *peculato próprio*, temos por condutas nucleares "apropriar-se" e "desviar".

No caso da elementar "apropriar-se", para ter sua conduta subsumida ao tipo, o autor já deve ter, em razão do cargo ou comissão, a posse (ou detenção) desvigiada do objeto material, assenhoreando-se dele, invertendo o título da posse, colocando-se como se dono fosse. Em outras palavras, tal como ocorre no crime de apropriação indébita, o agente coloca-se como dono da coisa, que pode configurar-se com o ato intencional de ir além das possibilidades inerentes à posse ou detenção, caracterizando o *animus rem sibi habendi*, por exemplo, consumindo, dando, vendendo, destruindo ou negando-se a devolver o objeto material do delito.

Por óbvio, o objeto material deste delito é a coisa móvel, representada no tipo penal, exemplificativamente, por dinheiro (moeda em espécie) ou valor (títulos, notas promissórias etc.), não importando se público ou particular. Essa coisa móvel, no entanto, já deve estar legitimamente na posse ou detenção do agente, *desvigiada*, ou seja, a obtenção da posse ou detenção ocorre de forma anterior à apropriação, de maneira lícita e possuindo o agente uma liberdade sobre a coisa sem que haja o estrito controle.

A obtenção da posse, ademais, deve ser em razão do cargo, ou seja, deve haver, como iluminava Hungria, "uma íntima relação de causa e efeito entre o cargo e a posse. Não basta que a *res* tenha sido confiada *contemplatione officii*: é preciso que a sua entrega ao funcionário resulte de mandamento legal (*ex vi legis*) ou, pelo menos, de inveterada praxe, não proibida por lei"**[1754]**. Não basta, assim, que a coisa seja entregue ao sujeito ativo por admiração, pela contemplação que sua função gera nas pessoas, mas é preciso que haja, ainda que provisoriamente, a detenção por incumbência legal, a exemplo da detenção da coisa, por um policial militar, alcançada pela prisão em flagrante de um furtador que trazia consigo a *res furtiva*. Outro exemplo está na apropriação de

arma de fogo apreendida por ocasião de atendimento de ocorrência policial, como no caso decidido pelo Tribunal de Justiça Militar de São Paulo (Ap. Crim. 5.327/04, Feito n. 32.614/02, 4ª Auditoria, j. em 30-8-2005, rel. Juiz Cel. PM Fernando Pereira): "Consumado o delito tipificado no artigo 303 do CPM, quando policiais militares, no atendimento de ocorrência de possível encontro de cadáver, apropriam-se de arma da vítima, ao invés de observar os procedimentos corretos que deveriam ser adotados".

Na segunda forma do *peculato próprio*, temos o desvio. Neste caso, o agente não está tomando a coisa para si, como proprietário, não inverte a posse, ou seja, não age com *animus rem sibi habendi,* mas apenas impulsiona destinação ao dinheiro ou valor (ou outro bem móvel) diversa da que deveria dar, podendo ser em seu benefício ou de terceiro.

O objeto material do peculato-desvio é o mesmo do peculato-apropriação, valendo aqui os comentários já consignados.

Como exemplo, tome-se o militar responsável por setor de pagamento de pessoal que desvia em proveito próprio ou de outra pessoa valor que é creditado em conta do favorecido. Foi o que apreciou, o Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, na Apelação Criminal n. 5.611/06 (Feito n. 34.657/03, 4ª Auditoria, j. em 23-6-2009, rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho):

"Descabível a instauração de sindicância para a apuração de eventual ilícito criminal. Existindo fato que configure crime em tese, imprescindível a instauração de inquérito policial militar como investigação preparatória para eventual ação penal. Incide no delito de peculato miliciano que, exercendo suas funções perante a Seção de Processamento de Vencimentos, plenamente ajustado com colega de farda, lança em favor deste vantagens e benefícios sobre os quais não recaia direito, causando prejuízo à Administração Pública. Presença do elemento subjetivo de dolo específico, consubstanciado no concurso de vontades de apropriação de dinheiro público. Reconhecida a continuidade delitiva. Majoração da pena, devido à duplicidade de reiteração de condutas. Condenação mantida".

Outro bom exemplo do peculato-desvio está, também do Tribunal de

Justiça Militar paulista, na Apelação Criminal n. 100/05 (Feito n. 32.622/88, 2ª Auditoria, j. em 9-11-2005, rel. Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior): "Configurado o delito tipificado no artigo 303 do CPM, vez que o miliciano, na chefia do Setor de Motomecanização da Unidade Militar, autorizou a retirada do motor de viatura em benefício de outro policial militar".

O § 1º do art. 303, em comento, traz uma causa especial de aumento de pena, segundo a qual a pena do crime (reclusão de 3 a 15 anos) será majorada em um terço se o valor do objeto material desviado ou do qual o agente se apropriou for superior a vinte vezes o valor do salário mínimo. A nosso ver, essa causa de aumento, embora não entendamos o por que dessa restrição, somente se aplica ao *peculato próprio*, mas não por causa de sua posição topográfica, antecedendo o *peculato impróprio* (trazido pelo § 2º do art. 303) – pois se assim pensássemos estaríamos entrando em contradição, já que aceitamos a aplicação de causa de diminuição de pena prevista no § 1º do art. 205 do CPM ao homicídio qualificado previsto no § 2º do mesmo art. 205 –, mas pela previsão expressa do dispositivo, que fala em objeto da apropriação ou do desvio, não podendo alcançar o objeto da subtração, conduta do peculato impróprio, que veremos em sequência.

Ingressando agora no *peculato impróprio*, contemplado pelo § 2º do artigo analisado, também se tratando de objeto material traduzido por dinheiro, valor ou bem, ou seja, coisa móvel, tem-se a modalidade do peculato-furto, cuja conduta nuclear é a subtração, praticada pelo agente ou por ele facilitada. Em outros termos, o agente subtrai, tira, toma, saca, sem o conhecimento e consentimento da vítima, invertendo-se a posse da coisa. Deve o agente ter o propósito de permanecer com a coisa (proveito próprio), ainda que temporariamente, ou entregá-la a outrem (proveito alheio). Não configura o delito de peculato-furto, nessa linha, a subtração momentânea, com o ânimo de devolução imediata, o que poderia configurar uma figura inexistente, mas conhecida na doutrina como *peculato de uso*, fato atípico tanto no que se refere à subtração aqui focada como também à apropriação ou desvio, que discorremos no *peculato próprio*. Acerca do *peculato de uso*, Rogério Greco expõe:

“Tal como ocorre com os delitos de apropriação indébita e furto, não se pune o chamado *peculato de uso*, podendo, no entanto, ser o agente responsabilizado por um ilícito de natureza administrativa, que poderá trazer como consequência uma sanção de mesma natureza.

Poderá, no entanto, se configurar em ato de improbidade administrativa, a exemplo do que ocorre com o inciso IV do art. 9º da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, a utilização, em obra ou serviço particular, de veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas pelo art. 1º da audida lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades”**[1755]**.

Com efeito – ressalvando que Rogério Greco discorre sobre o Código Penal comum, que não possui a figura do crime de *furto de uso*, ao contrário do Código Penal Militar, que a disciplina no seu art. 241, sendo portanto possível a prática de crime militar de furto de uso, mas não de *apropriação indébita de uso*, que não possui previsão**[1756]** –, as lições do autor indicam a nossa concepção no sentido de que não existe a figura do *peculato de uso*, constituindo transgressão disciplinar e ilícito de improbidade administrativa.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco, na Apelação n. 160.275 (0400020), julgada em 12 de maio de 2010, sob relatoria do Desembargador Cláudio Jean Nogueira Virgínio, decidiu:

“APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO-FURTO. SENTENÇA CONDENA-TÓRIA. DEFINIÇÃO DIVERSA DA NARRADA NA DENÚNCIA. PECULATO-APROPRIAÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA DE PARTE DO FATO NARRADO NA DENÚNCIA. PECULATO DE USO. CONDUTAS APURADAS EM INSTRUÇÃO CRIMINAL. ATIPICIDADE. AUSÊNCIA DE *ANIMUS DOMINI*. RESTITUIÇÃO DO BEM. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO DE FORMA UNÍSSONA.

1 – Estando o fato narrado na inicial em dissonância com a tipificação, deve o magistrado proceder à *emendatio libelli*, segundo inteligência do art. 383

do CPP, desde que provado o fato típico descrito na peça acusatória, uma vez que o réu se defende do fato e não da tipificação.

2 – Inexistindo certeza de que a peça encontrada em poder de uma das testemunhas foi retirada de uma das motocicletas estacionadas no pátio da Delegacia, com a facilitação do funcionário público acusado, assim como se as demais peças faltantes, descritas no termo de constatação, existiam por ocasião da apreensão dos ditos veículos, é de se absolverem os denunciados por inexistir prova da existência do peculato-apropriação ou do peculato-furto.

3 – Tendo os réus confessado que, com a autorização do primeiro acusado, funcionário público, efetuaram a troca do pneu de uma das motos estacionadas no pátio da Delegacia, para realizarem um teste em uma motocicleta pertencente à milícia, devolvendo-o em seguida e no mesmo estado, não há que se falar em peculato-apropriação, por ausência de dolo de apossamento definitivo da coisa (*animus domini*), impondo-se, quanto a esta ação, a absolvição por atipicidade, uma vez que não se pune o peculato de uso.

4 – Sendo atípico o peculato de uso, tal atitude do réu é passível apenas de repreensão administrativa.

5 – Apelos providos para absolver os réus. Decisão unânime".

Na Justiça Militar, *vide*, do Superior Tribunal Militar, o Recurso Criminal n. 1988.01.005835-0/RJ, julgado em 20 de setembro de 1988, tendo por relator o Ministro Roberto Andersen Cavalcanti:

"Rejeição de denúncia. Se o agente procede sem 'animus dominus' e utiliza material da fazenda nacional, em seu poder em decorrência da função que exerce, não se tipifica o furto de uso e sim peculato de uso, ilícito penal não elencado no Código Penal Militar. Denúncia inepta por atipicidade. Recurso do Ministério Público Militar a que se nega provimento. Decisão unânime".

Frise-se, no entanto, que o agente público envolvido, para ter sua conduta subsumida na figura do peculato impróprio, não precisa exclusivamente subtrair o bem móvel, podendo apenas contribuir – por dolo, obviamente, ou teríamos o peculato culposo – para que alguém o subtraia, não necessitando este tratar-se de funcionário público; pode-se, por exemplo, encontrar essa

modalidade no caso do militar que distraia o responsável pela reserva de armas, levando-o para tomar um café, enquanto alguém subtrai uma arma.

Curioso notar que essa figura torna-se inútil quando o funcionário público que contribui e o terceiro que subtrai estejam em concurso de pessoas, ou seja, havendo um liame subjetivo, pois que ambos responderão por peculato-furto na forma de subtração, uma vez que, pela teoria de causalidade adotada pelo art. 29 do CPM (equivalência dos antecedentes), combinada com a prevalência da teoria extensiva da autoria grafada no art. 53 do mesmo Código, o militar que, por exemplo, distrai o militar da reserva de armas para que outro furte é também furtador, portanto, autor de peculato-furto, já que se prevaleceu da facilidade proporcionada pela função. Dessa forma, conseguimos enxergar a utilidade dessa contribuição como forma autônoma da subtração apenas quando o funcionário público, embora dolosamente contribuindo para a subtração, não o faça em conluio com aquele que subtrai, respondendo, aí sim, por peculato-furto sob a forma de contribuir para a subtração.

Diferentemente do *peculato próprio*, no *peculato impróprio* não se exige estrita relação de causa e efeito com a função, mas apenas uma facilidade dela decorrente ("valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de militar ou de funcionário"); basta que dela se tenha valido (tendo o acesso liberado ao local em razão dela, p. ex.) para subtrair ou contribuir para essa prática.

O objeto material do peculato impróprio é também dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, que não está na posse ou detenção do autor, ou, se estiver, em uma posse vigiada.

Tem-se aceitado, com o que concordamos, apesar da natureza não patrimonial do delito de peculato (próprio e impróprio), com a aplicação do princípio da insignificância. Ora, não seria lógica a repressão penal, como já mencionamos, de um militar da ativa que, valendo-se do acesso que sua função lhe dá, subtraia de uma seção administrativa algumas poucas folhas de papel sulfite, ou um grampeador.

A insignificância nos crimes contra a Administração Militar, note-se, embora oscilante, tem sido aceita jurisprudencialmente nesses delitos. Nessa

linha, *vide*, do Superior Tribunal Militar, a Apelação n. 2008.01.051063-0/PE, julgada em 23 de outubro de 2008, tendo por relator o Ministro José Coêlho Ferreira:

"APELAÇÃO. MPM. CRIME DESCRITO NO ART. 303 DO CPM (PE-CULATO). INSIGNIFICÂNCIA PENAL DO CASO CONCRETO. PREJUÍZO PATRIMONIAL DE PEQUENO VALOR.

I – A Sentença aplicou o princípio da insignificância à espécie, tendo em vista a manifesta desproporcionalidade entre a pena cominada pelo legislador ao crime de peculato e a conduta praticada pelo acusado, a qual não teve maiores repercussões.

II – A conduta já mereceu resposta no âmbito administrativo, mediante processo administrativo disciplinar com a penalidade de suspensão.

III – Apelo a que se nega provimento – Decisão unânime".

Por óbvio, embora não concordemos, há posições contrárias à aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Militar, a exemplo do que pensa a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, pensamento este exposto no *Habeas Corpus* 147.542/GO, julgado em 17 de maio de 2011, sob relatoria do Ministro Gilson Dipp:

"PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR PRATICADO POR POLICIAL MILITAR. CAPITULAÇÃO LEGAL EQUIVOCADA. IMPOS-SIBILIDADE DE APRECIAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA POR APLICAÇÃO DO PRIN-CÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MA-TERIALIDADE DO DELITO. ORDEM DENEGADA.

I. A alteração da capitulação legal atribuída na denúncia, requerida pela impetração, envolve o revolvimento do conjunto fático probatório, inviável na via estreita do *writ*. Assim, resta prejudicada a alegação de ocorrência de prescrição da pretensão punitiva estatal e, consequentemente, de extinção da

punibilidade do paciente.

II. A defesa deve combater os fatos indicados na denúncia e não a estrita capitulação legal, não havendo assim qualquer prejuízo ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.

III. Esta Corte mantém entendimento de que não se aplica o princípio da insignificância nos crimes praticados contra a Administração Pública, devendo-se resguardar sobretudo a moral administrativa. Embora o crime em questão seja militar, em última análise foi praticado contra a Administração Pública, aplicando-se o entendimento referido.

IV. O *habeas corpus* é medida excepcional para o trancamento de investigações e instruções criminais, quando demonstrada, inequivocamente, a absoluta falta de provas, a atipicidade da conduta ou a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, o que não se verifica. Precedentes.

V. O acatamento dos argumentos trazidos na presente impetração demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento e inviável em *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomação contra ilegalidade ou abuso de poder, marcado por cognição sumária e rito célere.

VI. Ordem denegada". (g. n.)

O § 3º do art. 303 tipifica o *peculato culposo*, em que o funcionário público (civil ou militar) contribui para que outrem desvie ou subtraia bem móvel, ou dele se aproprie, contribuição essa que deve ser a título de culpa, em especial a negligência. Necessário, obviamente, que o sujeito ativo tenha a posse ou detenção da coisa, ou sobre ela exerça controle em função de sua atividade inerente ao cargo. Em síntese, na facilidade proporcionada, por culpa, não correspondendo ao seu *dever objetivo de cuidado*, o autor permite o exercício delituoso de terceiro. Frise-se que mesmo que não se descubra a autoria do furto ou desvio do bem móvel, a responsabilidade do autor do peculato culposo persiste, sendo responsabilizado independente do conhecimento do paradeiro da *res*.

O texto do Código Penal Militar no *peculato culposo*, note-se, é bem melhor que o seu correlato no Código Penal comum, já que no CPM o delito principal, aquele para o qual se teve a contribuição culposa, deve restringir-se a uma subtração, a uma apropriação ou a um desvio, enquanto no Código Penal comum foi utilizada a conjugação concorrer culposamente para o "crime de outrem", gerando inúmeras discussões acerca da natureza desse crime. No CPM, o crime principal não pode ser um crime que não tenha por conduta nuclear um desvio ou uma subtração; há *peculato culposo*, por exemplo, na conduta do militar responsável pela reserva de armas que esquece a porta aberta, contribuindo para o furto de armas. Já se decidiu, em outro exemplo, por prática de peculato culposo no caso de militar do Estado que, "utilizando colete balístico pertencente à Instituição Militar, ao término do turno de serviço, deixa de adotar as providências legais necessárias, dando ensejo à apropriação indevida do equipamento por parte de outrem" (TJMSP, Ap. Crim. 5.653/07, Feito n. 43.695/06, 4ª Auditoria, rel. Juiz Paulo Prazak, j. em 28-8-2007).

Como se trata aqui de um delito culposo, recomenda-se avaliar o caso concreto à luz do princípio da confiança. Como discorremos na Parte Geral, ao tratar do crime culposo, um dos elementos a serem considerados é a *observância do cuidado objetivo devido*, caracterizada pela falta de diligência devida, sem a qual o agente pode ser responsabilizado. Nessa investigação, deve-se tomar o cuidado de lembrar que a análise deve passar pela atual conformação do *princípio da confiança*. Acerca dessa construção, vale a pena repetir as lições de Cezar Roberto Bitencourt, nos seguintes termos:

"Na vida em sociedade, é natural que cada indivíduo se comporte como se os demais também se comportassem corretamente. Para a avaliação, *in concreto*, da conduta correta de alguém, não se pode, de forma alguma, deixar de considerar aquilo que, nas mesmas circunstâncias, seria lícito esperar de outrem. Esse critério regulador da conduta humana recebe a denominação de *princípio da confiança* (*Vertrauensgrundsatz*).

Como o *dever objetivo de cuidado* dirige-se a todos, nada mais justo que esperar que cada um se comporte com a prudência e a inteligência necessárias para a convivência harmônica de toda a coletividade. As relações

sociais não são orientadas pela desconfiança, com a presunção de que o semelhante não cumprirá com suas obrigações de cidadãos. Por razões como essa é que o *dever objetivo de cuidado* dirige-se a todos, indistintamente, visto num plano puramente objetivo. À evidência, só quem observa corretamente o dever objetivo de cuidado pode invocar a seu favor o princípio da confiança. (...)”**[1757]**.

Com efeito, em alguns casos, apesar de o pretenso agente ter o dever objetivo de cuidado, é razoável esperar que os outros cidadãos que o circundam têm também um dever e o observarão (cumprirão) adequadamente. Assim, entendemos coerente sustentar que o peculato culposo deve ser afastado para aquele que, por exemplo, teria o dever de conferir planilhas da Administração Militar, elaboradas por um subordinado, que confiram créditos em conta corrente, desde que no caso concreto haja algum elemento que favoreça a confiança no trabalho do subordinado, a exemplo da sua ilibada reputação reconhecida por todos, de seu tempo de serviço na função sem nenhum deslize etc.

Finalmente, o § 4º do art. 303 prevê uma causa de extinção da punibilidade e outra causa especial de diminuição de pena, aplicáveis apenas no *peculato culposo*. Consigna o dispositivo que se o autor reparar o dano antes do trânsito em julgado da sentença, sua punibilidade estará extinta. Caso o faça depois do trânsito em julgado, terá a pena que lhe foi imposta reduzida pela metade. Esse dispositivo só alcança o autor do *peculato culposo*, e não aquele que praticou o crime principal. Destaca Damásio E. de Jesus que a reparação do dano “pode efetuar-se mediante restituição do objeto material ou pela indenização do valor correspondente. Pode ser promovida pelo sujeito ativo do peculato ou por terceiro em seu nome”**[1758]**.

• **Elemento subjetivo:** nas modalidades descritas no *caput*, *peculato próprio* e *impróprio*, o elemento subjetivo é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de subtrair, apropriar-se ou desviar o bem móvel, sem o que o crime não se configurará. Já se decidiu, por exemplo, não haver dolo de peculato no caso de “Policial Militar que, na condição de desertor, mantém sob sua posse revólver que lhe havia sido destinado para exercício do cargo”, inexistindo

animus rem sibi habendi (TJMSP, Ap. Crim. 5.340/04, Feito n. 36.373/03, 4ª Auditoria, rel. Juiz Cel. PM Fernando Pereira, j. em 2-5-2006).

No caso da modalidade prevista no § 3º do art. 303, tem-se por elemento subjetivo a culpa.

• **Consumação:** no peculato-apropriação a consumação se dá quando o autor inverte a posse, portando-se como dono da coisa, negando-se a devolvê-la ou dispondo dela (dando, vendendo etc). No peculato-desvio o crime se consuma quando o agente dá ao bem móvel destino diverso daquele que deveria.

Consuma-se o peculato-furto com a efetiva subtração pelo autor ou pelo terceiro para quem este contribuiu, exigindo-se posse mansa e pacífica da *res furtiva*, independente do local onde ela se encontre, sendo suficiente a tranquilidade do autor na inversão da posse, mesmo que efêmera.

Por fim, no peculato culposo, consuma-se quando terceiro se apropria, desvia ou subtrai a coisa que estava sob posse ou detenção do autor.

• **Tentativa:** as modalidades dolosas do peculato admitem a forma tentada, por se tratar de crime plurissubsistente. Incorre na forma tentada, por exemplo, "o policial militar que apreendeu determinada quantia em dinheiro ao deter um suspeito e, ao apresentar a ocorrência no Distrito Policial, entregou apenas parte do valor, devolvendo o restante no momento em que seria submetido a uma revista pessoal" (TJMSP, Ap. Crim. 5.138/02, Feito n. 25.490/99, 1ª Auditoria, rel. Juiz Cel. PM Lourival Costa Ramos, j. em 24-6-2004), ou no caso do "policial militar que, no exercício de função que lhe conferia acesso à bomba de gasolina da unidade, tenta subtrair combustível pertencente à Polícia Militar para abastecer veículo particular, mas é flagrado por superior hierárquico" (TJMSP, Ap. Crim. 5.587/06, Feito n. 44.824/06, 4ª Auditoria, rel. Juiz Paulo A. Casseb, j. em 30-3-2010).

Na modalidade culposa a tentativa não é possível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar ou

não militar, desde que em razão de função pública, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, especialmente a alínea *e*, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais, ou seja, no art. 312 do Código Penal comum (assim como no art. 348 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e no art. 303 do CPM. Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2.2. Peculato mediante aproveitamento do erro de outrem

• **Tipo legal**

Art. 304. Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo ou comissão, recebeu por erro de outrem:

Pena – reclusão, de dois a sete anos.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de peculato mediante aproveitamento de erro de outrem, ou *peculato-estelionato*, tem por objeto jurídico a Administração Militar, guardando sua moralidade, sua ordem administrativa. Não se pode negar, no entanto, que, embora não tenha natureza patrimonial, há uma tutela mediata do patrimônio.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime de estudo pode ser classificado como crime próprio, ou seja, exige-se a qualidade especial de funcionário público (*intraneus*), devendo-se utilizar por parâmetro, na ausência da lei penal militar, o art. 327 do Código Penal comum, para a prática do delito. No entanto, esse funcionário público não precisa ser militar; pode ser um funcionário civil atuando na Administração Militar, o que, na dicotomia entre crime propriamente militar e impropriamente militar, leva-nos a classificá-lo

como crime impropriamente militar, pois pode ser perpetrado por alguém que não seja militar, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1759].

O particular, que não possua função pública, obviamente poderá, no concurso de pessoas, figurar no polo ativo, tendo-lhe comunicada a condição de funcionário público, em razão do disposto no § 1º do art. 53 do CPM, mais uma vez, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União.

Como o crime em foco exige a relação da conduta com a função pública, obviamente exclui-se da sujeição ativa o militar inativo, exceto se em concurso de pessoas (§ 1º do art. 53 do CPM) ou se estiver exercendo função em razão de estar sendo empregado regularmente na administração militar, nos termos do art. 12 do CPM.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é o Estado pela Instituição Militar aviltada, bem como, de forma mediata, a pessoa jurídica ou natural que suportou a lesão patrimonial.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é “apropriar-se” de dinheiro ou qualquer outra utilidade, ou seja, assenhorear-se, colocar-se como dono, tomar para si, tomar como dono, que pode configurar-se com o ato intencional de ir além das possibilidades inerentes à posse ou detenção, caracterizando o *animus rem sibi habendi*, por exemplo, consumindo, dando, vendendo, destruindo ou negando-se a devolver a coisa ao seu proprietário.

O autor, no entanto, deve receber o dinheiro ou utilidade em razão do cargo ou comissão, devendo ter relação de causa e efeito com o erro de outrem, importando, ademais, em uma posse desvigiada. Esse erro pode decorrer, exemplificativamente, do fato de haver engano em relação à pessoa destinatária, ou em relação à própria coisa móvel a ser entregue. Ademais, assiste razão a Rogério Greco ao dispor, discordando de parte da doutrina, que esse erro não carece ser apenas espontâneo, ele pode ser provocado pelo próprio agente, daí a proximidade deste delito com o crime de estelionato (*peculato-estelionato*)[1760].

O objeto material deve ser dinheiro (moeda ou cédula) ou qualquer outra utilidade que possa converter-se em valor econômico, ou seja, bem móvel, visto que, muito embora não expresso no tipo penal em estudo, não se pode olvidar do fato de que o *peculato-estelionato* é uma espécie de estelionato, portanto, correlacionado aos tipos penais anteriores.

• **Elemento subjetivo:** no peculato-estelionato admite-se apenas a modalidade dolosa, ou seja, a vontade de, conhecendo a condição de posse ou detenção por erro, apropriar-se do dinheiro ou utilidade.

• **Consumação:** consuma-se este delito quando o autor se porta como dono da coisa, negando-se a devolvê-la ou dispondo dela (dando, vendendo etc.).

• **Tentativa:** por se tratar de delito plurissubsistente, é perfeitamente possível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar ou não militar, desde que em razão de função pública, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, especialmente na alínea *e*, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais, ou seja, no art. 313 do Código Penal comum (assim como no art. 349 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), e no art. 304 do CPM. Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3. DA CONCUSSÃO, EXCESSO DE EXAÇÃO E DESVIO

3.1. Concussão

• **Tipo legal**

Art. 305. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de concussão tem por objeto jurídico a Administração Militar, guardando sua moralidade, sua ordem administrativa. Não se pode negar, no entanto, que há uma tutela mediata do bem jurídico aviltado quando se cede à exigência (patrimônio, p. ex.).

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser classificado como próprio, ou seja, exige-se a qualidade especial de funcionário público (*intraneus*), devendo-se utilizar por parâmetro, na ausência da lei penal militar, o art. 327 do Código Penal comum, para a prática do delito. No entanto, esse funcionário público não precisa ser militar; pode ser um funcionário civil atuando na Administração Militar, o que, na dicotomia entre crime propriamente militar e crime impropriamente militar, leva-nos a classificá-lo como crime impropriamente militar, pois pode ser perpetrado por alguém que não seja militar, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1761]**.

Nessa linha, *vide* o *Habeas Corpus* n. 73.602/SC, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 26 de março de 1996, sob relatoria do Ministro Sydney Sanches:

"EMENTA: Direito Constitucional, Penal e Processual Penal Militar. Crime de concussão imputado a funcionário público municipal, agindo na qualidade de Secretário de Junta de Serviço Militar. Crime militar (arts. 305 e 9º, inc. III, *a*, do Código Penal Militar). Lei n. 4.375, de 17.8.1964, art. 11, § 1º. Competência da Justiça Militar (art. 124, parágrafo único, da Constituição Federal). Recebimento da denúncia (artigos 77 e 78, *a*, do Código de Processo Penal Militar e art. 30, inc. I, da Lei n. 8.457, de 4.9.1992. 1. O crime de

concussão é previsto tanto no Código Penal comum (art. 316) quanto no Código Penal Militar (art. 305). 2. *Caracteriza-se, em tese, como crime militar o de concussão, quando praticado por funcionário público municipal, agindo na qualidade de Secretário de Junta de Serviço Militar, em face do que conjugadamente dispõem o parágrafo único do art. 124 da Constituição Federal, o art. 9º, inc. III, 'a', do Código Penal Militar, e o art. 11, § 1º, da Lei n. 4.375, de 17.8.1964, já que, de certa forma, o delito atinge a ordem da administração militar, ao menos em sua imagem perante a opinião pública, mesmo que vítimas, sob aspecto patrimonial, sejam outros cidadãos e não a administração*. 3. Compete à Justiça Militar o processo e julgamento de imputações dessa natureza e espécie, em face dos mesmos dispositivos constitucional e legais. 4. Havendo-se limitado o Juiz-Auditor Militar, atuando no 1º grau de jurisdição, nesse caso, a rejeitar a denúncia, por incompetência da Justiça Militar (art. 78, alínea 'b', do Código de Processo Penal Militar), o Superior Tribunal Militar podia afastar a declaração de incompetência, como fez, mas não, desde logo, receber a denúncia, já que o Magistrado não chegou a decidir sobre seus demais requisitos (artigos 77 e 78). 5. 'Habeas Corpus' deferido, em parte, ou seja, apenas para anular o acórdão do STM, no ponto em que, desde logo, recebeu a denúncia, devendo o Juiz-Auditor prosseguir no exame desta, decidindo se a recebe ou rejeita, sem retomar, porém, a questão relativa à competência da Justiça Militar, que ficou resolvida corretamente pela Corte Superior". (g. n.)

O particular, que não possua função pública, obviamente poderá, no concurso de pessoas, figurar no polo ativo, tendo-lhe comunicada a condição de funcionário público, em razão do disposto no § 1º do art. 53 do CPM, mais uma vez, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União.

Como o crime em foco exige a relação da conduta com a função pública, obviamente, exclui-se da sujeição ativa o militar inativo, exceto se em concurso de pessoas (§ 1º do art. 53 do CPM) ou se estiver exercendo função em razão de estar sendo empregado regularmente na Administração Militar, nos termos do art. 12 do CPM.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada, bem como, de forma mediata, aquele que suportou a

lesão ao bem jurídico ao ceder à exigência.

• **Elementos objetivos:** inicialmente, não poderíamos deixar de indicar a repugnância que o delito de concussão traz à Administração Militar, repugnância essa muito bem sedimentada nas palavras de Abelardo Julio da Rocha:

“A prática da concussão revela-se sobremodo aviltante e desonrosa porque lança ímproba mácula sobre a imagem de toda a Corporação. Maltrata a ideia de que o homem fardado é, antes de tudo, probo e honesto. Frustra a ideia de que o policial militar é a personificação de princípios deontológicos sólidos.

Comportamento que remete nódoa no trabalho anônimo de centenas de homens que, diuturnamente, com o sacrifício da própria vida, se necessário for, protegem a sociedade.

Pessoas que, não raras vezes, morrem para defender o patrimônio de outrem.

O particular que é vitimado pela exigência indevida se vê absolutamente indefeso, mormente em função de que o policial está investido do Poder de Polícia, podendo ‘ipso facto’, imprimir-lhe dissabores incontáveis.

(...)

Interessante trazer à colação que o militar do Estado, ao ingressar nas fileiras da Corporação, presta compromisso de honra, em caráter solene, afirmando a consciente aceitação dos valores e deveres policiais-militares e a firme disposição de bem cumpri-los.

Portanto a honra é um dos valores fundamentais, determinantes da moral policial-militar, ao lado da dignidade humana e da honestidade, entre outros”**[1762]**.

Passando à análise do tipo penal militar, o núcleo da conduta no delito de concussão é “exigir”, ou seja, impor, decidir unilateralmente determinando ou ordenando que lhe seja dada vantagem indevida, sem necessidade de uma contrapartida, ou seja, não é preciso que o autor coloque o recebimento da vantagem indevida como condição para que não pratique um mal contra a

vítima. Necessário que o delito, no entanto, seja calcado em uma exigência ligada à função do sujeito ativo, não carecendo estar no seu exercício, mas pelo menos atuando em razão dela, o que, de certo, gera um temor de causação de mal – embora não exigido pelo tipo penal – inerente à situação fática, decorrente do temor e da reverência do cidadão em face de exercício de autoridade (*metus publicae potestatis*). Esse temor, note-se, acaba gerando um constrangimento com tom de ameaça, que, embora não mencionada pelo agente concussionário nem exigido pelo tipo penal, evidencia uma troca, marcada pela equação "deixar de cumprir o dever, em função de a vítima ceder à exigência". Como exemplo dessa troca fática – não exigida pelo tipo em abstrato –, tome-se, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, o caso versado na Apelação Criminal n. 5.354/04 (Feito n. 37.547/04, 4ª Auditoria, j. em 26-10-2006, rel. Juiz Cel. PM Clovis Santinon): "Policiais militares, ao realizar abordagem de condutor de motocicleta, constatam várias trangressões à legislação de trânsito, tais como: falta de habilitação, inexistência de documentos do veículo, ausência de capacete pelos usuários. Exigência de vantagem indevida em razão da função pública *para liberação do civil*, comprovada por convincentes declarações da vítima e testemunhas a alicerçar o farto conjunto probatório, capaz de embasar a condenação por delito tipificado no artigo 305 do CPM". (g. n.)

Essa mesma "troca suscitada" é verificada, também em caso decidido na Apelação Criminal n. 4.886/00 (Feito n. 18.773/97, Distribuição, j. em 1º-10-2002, rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho): "Policiais Militares abordam civil portando arma de fogo sem autorização legal prevista. Exigência de vantagem indevida *para omitirem as providências cabíveis*. Delito de concussão tipificado". (g. n.)

Importante esclarecer que a exigência pode dar-se de forma direta ou indireta, o que deve ser compreendido, em cada caso, sob dois enfoques: no que concerne à pessoa que exige e no que se refere à forma de exigir. Em outros termos, teremos exigência direta no caso em que o próprio funcionário se dirige à vítima exigindo-lhe a vantagem, e indireta quando ele se valer de interposta pessoa, que poderá inclusive ser um particular, que responderá pelo delito diante do que dispõe o § 1º do art. 53 do CPM. Mas também será direta (também

chamada de *explícita*), nessa dicotomia, a vantagem exigida de forma clara, escancarada, sem rodeios, e indireta (também chamada de *implícita*) aquela procedida com rodeios, por inferência, sugestionada.

Acerca da atuação ligada à função, com muita propriedade, Rogério Greco sustenta:

"Deve-se olhar com mais cuidado para a expressão *ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*. Isso porque devemos afirmar que o agente, quando da prática de comportamento típico, já gozava do *status* de funcionário púbico, mesmo não estando no exercício de sua função. O importante, frisamos, é que ele já seja considerado como funcionário público, utilizando-se, para tanto, o conceito previsto no art. 327, e seu § 1º, do Código Penal. Dessa forma, não poderá ser responsabilizado pelo crime de concussão o funcionário *aposentado*, pois que a situação não se amolda a nenhuma das duas previstas pelo tipo penal, devendo, portanto, responder por outra infração penal, a exemplo do crime de extorsão"**[1763]**.

A exigência, como expresso no tipo, refere-se a uma vantagem indevida, ou seja, qualquer vantagem ou benefício ilícito almejado pelo agente, não havendo, embora haja visão oposta, necessidade de que tenha mote econômico. Nesse sentido, Mirabete e Renato Fabbrini, com os quais concordamos, consignam:

"É entendimento prevalente na doutrina que a lei se restringe à vantagem econômica, excluindo-se, portanto, os proveitos puramente sentimentais, as satisfações de vaidade, as meramente estéticas, os prazeres sexuais etc. Referindo-se a lei, porém, a *qualquer* vantagem e não sendo a concussão crime patrimonial, entendemos, como Bento de Faria, que a vantagem pode ser expressa por dinheiro ou qualquer outra utilidade, seja ou não de ordem patrimonial, proporcionando um lucro ou proveito"**[1764]**.

A propósito do crime de extorsão acima citado, como já discorremos, deve-se lembrar que o militar, mesmo em serviço, poderá responder por essa infração penal, e não pela concussão, o que demanda, mais uma vez, buscar diferenciar os dois tipos, como fizemos no estudo do art. 243 do CPM. A

distinção, entendemos, em primeiro plano está na natureza da vantagem indevida, que, no delito de extorsão, deve ser exclusivamente econômica, enquanto na concussão pode ser de qualquer ordem, inclusive econômica. Mas a principal diferenciação está na motivação de ação do agente. Em outros termos, no delito de concussão, o agente pode muito bem tentar obter uma vantagem indevida por uma exigência veiculada por grave ameaça (justa ou injusta) – embora esse elemento não esteja expresso no tipo penal, mas acaba ocorrendo, como acima dito, em função do temor e da reverência do cidadão em face de exercício de autoridade (*metus publicae potestatis*) –, havendo ligação dessa ameaça com a prática ou abstenção de um ato que representa um dever de ofício – e sem que o agente imponha essa troca, mas que acaba sendo sugestionada pela situação –, que se encontra naturalmente na situação presenciada pelo agente público, e não por ele arquitetada para futuramente obter a vantagem. Na extorsão, por outro lado, embora também possa estar presente uma exigência veiculada por grave ameaça, a atuação do agente nada guarda com a atuação de ofício, e a situação pode ter sido gerada – não necessariamente o será – pelo próprio sujeito ativo.

Exemplificativamente, para tornar clara a distinção proposta, praticará extorsão o militar que, em serviço, constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a depositar um dinheiro em sua conta corrente, respondendo pelo delito consumado, se o depósito for feito, ou tentado, se por motivos alheios à vontade do agente, o depósito não se efetivar. Por outro lado, terá sua conduta subsumida no delito de concussão aquele militar que exige vantagem indevida de um autor de delito que acaba de deter, sob a ameaça de adotar as providências legais. Note-se que no primeiro exemplo o impulso de ação do militar sujeito ativo nada tem que ver com o dever de ação do militar, enquanto no segundo exemplo a exigência vincula-se à não prática de um ato imposto pelo dever jurídico de ação.

Em outro exemplo distintivo, podemos dizer que, por vezes, a extorsão poderá ser resultante de uma situação premeditadamente gerada pelo sujeito ativo que, em certas situações, poderá até ter a aparência de ligar-se à autuação imposta por dever jurídico de ação, mas, em razão de constituir um engodo, não o será. Como exemplo, tome-se o caso trazido à discussão no Processo n.

56.557/10, da 4ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, em que militares do Estado em concurso com não militares, em tese, arquitetaram e colocaram em marcha um plano em que propiciaram que uma pessoa do sexo masculino fosse para um motel com três adolescentes do sexo feminino, devendo uma delas, quando no interior do quarto, ligar para alguns desses militares, que compareceram ao local, fardados e com viatura, e abordaram a vítima, passando a exigir indevida vantagem econômica, sob pena de prendê-lo pelo crime de "pedofilia"; o representante do Ministério Público, de forma acertada em nossa opinião, compreendeu o fato como extorsão, denunciando os réus pelo delito capitulado no art. 243 do CPM. Note-se que, embora tenha havido a exigência de vantagem econômica indevida por militares fardados e pretensamente em serviço, a situação encontrada pelos extorsionários não existia previamente e ocorreu em razão do desempenho profissional, mas foi por eles gerada com o intuito de extorquir, sendo, de fato, mais adequada a subsunção da conduta ao delito de extorsão.

• **Elemento subjetivo:** o crime de concussão é possível apenas sob a forma dolosa, ou seja, com a vontade livre e consciente de exigir vantagem indevida, destinada ao próprio autor ou a terceiro (elemento subjetivo do tipo ou do injusto).

• **Consumação:** o delito em estudo consuma-se com a perpetração da mera exigência, sendo a obtenção da vantagem o seu exaurimento (crime formal). Nesse sentido julgado do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, na Apelação Criminal n. 2.609 (Proc. n. 29.242, 3ª AJME, j. em 27-1-2010, rel. Juiz Jadir da Silva):

"O delito de concussão, cuja consumação se dá com a simples exigência de vantagem indevida, é formal, sendo o recebimento da referida vantagem pelo funcionário público (no caso, militar) mero exaurimento. Delitos dessa natureza são de difícil comprovação, porque cometidos, em regra, longe dos olhos das testemunhas, na clandestinidade, às ocultas. Não raro, é possível desvendar a verdade dos fatos com o depoimento da vítima secundária e de pessoas que presenciaram o desenrolar dos fatos. O conjunto probatório mostra-se harmônico e coeso no sentido de certeza da autoria e comprovação da prática

da conduta, com fundamentos claros para a manutenção do decreto condenatório. Recurso improvido".

• **Tentativa:** polêmica é a admissibilidade de tentativa no crime de concussão, como muito bem expõe Rogério Greco, com quem concordamos:

"Discute-se, no entanto, a possibilidade de ocorrência da tentativa. Hungria, taxativamente, afirmava não ser admissível a tentativa, pois, dizia 'ou é feita a exigência, e o crime se consuma; ou deixa de ser feita, e nada mais poderá haver que uma intenção exteriorizada'.

Apesar da autoridade do grande penalista, ousamos dele discordar. Isso porque não é pelo fato de ser a concussão um crime formal, considerado como de consumação antecipada, que a tentativa restará inviabilizada. O que temos que verificar no caso concreto, para efeito de reconhecimento da tentativa, é a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*. Dessa forma, estamos com Noronha quando afirma que, realmente, a regra será a impossibilidade da tentativa; porém, casos haverá em que a extorsão ficará em grau de tentativa, sempre que não se constituir só de *um* ato (*unico actu perficiuntur*). A carta *extorsionária* interceptada, antes que chegue ao conhecimento do lesado, é *ato de execução* (a *leitura* é consumação e a *escritura*, ato preparatório), caracterizando a tentativa"**[1765]**.

Assim, entendemos perfeitamente possível a concussão sob a forma tentada.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar ou não militar, desde que em razão de função pública, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, especialmente na alínea *e*, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais, ou seja, no art. 316 do Código Penal comum (assim como no art. 354 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e no art. 305 do CPM. Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-

se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3.2. Excesso de exação

• **Tipo legal**

Art. 306. Exigir imposto, taxa ou emolumento que sabe indevido, ou, quando devido, empregar na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de concussão tem por objeto jurídico a Administração Militar, guardando sua moralidade, sua ordem administrativa. Não se pode negar, no entanto, que há uma tutela mediata do bem jurídico aviltado quando se cede à exigência ou se é submetido a uma vexatória cobrança (patrimônio, liberdade, p. ex.).

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser classificado como próprio, ou seja, exige-se a qualidade especial de funcionário público (*intraneus*), devendo-se utilizar por parâmetro, na ausência da lei penal militar, o art. 327 do Código Penal comum, para a prática do delito. No entanto, esse funcionário público não precisa ser militar; pode ser um funcionário civil atuando na Administração Militar, o que, na dicotomia entre crime propriamente militar e crime impropriamente militar, leva-nos a classificá-lo como crime impropriamente militar, pois pode ser perpetrado por alguém que não seja militar, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1766]**.

O particular, que não possua função pública, obviamente, poderá, no concurso de pessoas, figurar no polo ativo, tendo-lhe comunicada a condição de funcionário público, em razão do disposto no § 1º do art. 53 do CPM, mais uma

vez neste caso exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União.

Como o crime em foco exige a relação da conduta com a função pública, obviamente, exclui-se da sujeição ativa o militar inativo, exceto se em concurso de pessoas (§ 1º do art. 53 do CPM) ou se estiver exercendo função em razão de estar sendo empregado regularmente na Administração Militar, nos termos do art. 12 do CPM.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada, bem como, de forma mediata, aquele que suportou a lesão ao bem jurídico ao ceder à exigência ou ter o constrangimento da cobrança por meio vexatório. Assim, por exemplo, do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, o *Habeas Corpus* n. 3501/MS, 2007.003501-1, julgado em 14 de março de 2007, sob relatoria do Desembargador José Augusto de Souza: "*Habeas Corpus* – Crime militar – Excesso de exação – Delito que possui como vítima primária a administração militar, e *secundária o civil* – Competência do Conselho Permanente de Justiça por ser mais abrangente – Liminar confirmada – Ordem concedida". (g. n.)

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é, a exemplo da concussão, "exigir", ou seja, impor, decidir unilateralmente determinando ou ordenando que lhe seja pago *imposto, taxa ou emolumento que sabe indevido, ou, quando devido, empregar na cobrança meio vexatório ou gravoso*, desautorizado pela lei. Mais restrita que a previsão do § 1º do art. 316 do Código Penal comum, que menciona a exigência de *tributo ou contribuição social*, o art. 306, em foco, refere-se apenas a imposto, taxa ou emolumento, a exemplo do que fazia o art. 355 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM.

Imposto, nos termos do art. 16 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25-10-1966), é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte, a exemplo do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS – Lei Complementar n. 87, de 13-9-1996), imposto sobre a propriedade de

veículo automotor (IPVA), imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS – Lei Complementar n. 116, de 31-7-2003) etc.

Taxa, segundo dispõe o art. 77 do mesmo Código, é tributo cobrado pela União, pelos Estados e pelos Municípios que tenham como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. São exemplos a taxa de fiscalização de produtos controlados pelo Exército Brasileiro (TFPC – Lei n. 10.834, de 29-12-2003), no Estado de São Paulo, a Taxa de Fiscalização e Serviços Diversos, trazida pela Lei n. 7.645, de 23 de dezembro de 1991 (alterada pela Lei n. 9.904, de 30-12-1997) etc. Já se decidiu pelo cometimento deste crime, por exemplo, no caso de Secretário da Junta de Serviço Militar que cobra taxa de alistandos e conscritos com valor superior ao estabelecido por órgão competente (STM, Ap. 1999.01.048345-4/PR, rel. Min. José Luiz Lopes da Silva, j. em 10-8-2000).

Emolumentos, como iluminou a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, "são o preço dos serviços praticados pelos serventuários de cartório ou serventias não oficializados, remunerados pelo valor dos serviços desenvolvidos e não pelos cofres públicos" (Recurso Especial n. 1110529/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 5-5-2009).

A cobrança deve ser indevida, ou seja, sem respaldo legal, ou, então, ainda que devida, por meio vexatório ou gravoso. *Vexatório* é a forma que importa em humilhação, vergonha, constrangimento excessivo. Gravosa é aquela cobrança que importa ao contribuinte um ônus maior do que o permitido.

• **Elemento subjetivo:** o crime de excesso de exação somente possui como elemento subjetivo o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de cobrar o indevido ou de se exceder na cobrança, tornando-a vexatória ou gravosa. Não é necessário, por outro lado, que o valor indevidamente recebido, o seja para proveito próprio ou alheio, o que configuraria o crime do art. 307 do CPM.

Curioso notar que, no Código Penal comum, além da elementar que "sabe" ser indevido, referindo-se ao imposto ou contribuição social, existe também a elementar "deveria saber", havendo discussão sobre o significado da segunda expressão; alguns defendem ser preenchida por dolo eventual[1767] ou

por culpa[1768]. No Código Penal Militar está, a exemplo do art. 355 do Código Penal comum de 1969 (Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969), ausente essa discussão já que inexistente a expressão “deveria saber” no tipo penal do art. 306.

Assim, ressalte-se, o crime militar de excesso de exação apresenta-se apenas sob a forma dolosa.

• **Consumação:** consuma-se o delito com a exigência indevida ou, se devida, com emprego do meio vexatório ou gravoso aplicado, sendo indiferente que a vítima (secundária) sinta-se humihada, aviltada, já que o crime foca, em primeiro plano, a tutela da Administração Militar.

Não é necessário, ademais, que o imposto, taxa ou emolumento sejam pagos, constituindo-se, pois, em crime formal.

• **Tentativa:** assim como vimos no caso da concussão, entendemos possível a tentativa no caso de excesso de exação.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar ou não militar, desde que em razão de função pública, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, especialmente na alínea *e*, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há substancial identidade típica nos dois diplomas penais, ou seja, o § 1º do art. 316 do Código Penal comum (assim como, identidade literal, no art. 355 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e art. 306 do CPM. Caso o autor se trate de civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3.3. Desvio

• **Tipo legal**

Art. 307. Desviar, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente, em razão do cargo ou função, para recolher aos cofres públicos:

Pena – reclusão, de dois a doze anos.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de desvio tem por objeto jurídico a Administração Militar, guardando sua moralidade, sua ordem administrativa.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser classificado como próprio, ou seja, exige-se a qualidade especial de funcionário público (*intraneus*), devendo-se utilizar por parâmetro, na ausência da lei penal militar, o art. 327 do Código Penal comum, para a prática do delito. No entanto, esse funcionário público não precisa ser militar; pode ser um funcionário civil atuando na Administração Militar, o que, na dicotomia entre crime propriamente militar e crime impropriamente militar, leva-nos a classificá-lo como crime impropriamente militar, pois pode ser perpetrado por alguém que não seja militar, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1769]**.

O particular, que não possua função pública, obviamente poderá, no concurso de pessoas, figurar no polo ativo, tendo-lhe comunicada a condição de funcionário público, em razão do disposto no § 1º do art. 53 do CPM, mais uma vez, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União.

Como o crime em foco exige a relação da conduta com a função pública, obviamente, exclui-se da sujeição ativa o militar inativo, exceto se em concurso de pessoas (§ 1º do art. 53 do CPM) ou se estiver exercendo função em razão de estar sendo empregado regularmente na Administração Militar, nos termos do art. 12 do CPM.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada. Como o recebimento foi indevido, aquele que pagou o valor desviado também é afetado pela conduta.

• **Elementos objetivos:** prevista no Código Penal comum como uma forma qualificada do excesso de exação, no Código Penal Militar a conduta ganhou autonomia típica, sendo grafada no art. 307 sob a rubrida "desvio", embora, como veremos, se refira indubitavelmente ao excesso de exação.

Como sugere o nome do delito e consigna a descrição típica, o núcleo da conduta é "desviar", ou seja, dar destino diverso do legal ou regulamentar, em proveito próprio ou alheio, a valor percebido indevidamente para ser recolhido aos cofres públicos. Note-se que o recebimento do valor também deve ser indevido, ou seja, contrário à lei, visto que, se devido e por funcionário com atribuição para recebê-lo, poderá estar presente, na eventual prática de desvio do valor, a modalidade do peculator-desvio. Já se decidiu haver o crime em foco, por exemplo, na conduta de militar que recebeu cheque de pensionista, destinado a pagamento de contribuições faltantes, e o depositou em sua própria conta em vez de depositá-lo na conta da União, com o objetivo de fazer saldo médio e obter talão de cheques (STM, Ap. 2003.01.049479-0/MS, rel. Min. Marcos Augusto Leal de Azevedo, j. em 10-3-2005), assim como quem desvia em proveito próprio dinheiro em espécie referente a valor que cobra indevidamente, na função de Secretário de Junta de Serviço Militar, por serviço que a legislação do serviço militar considera gratuito (STM, Ap. 1986.02.042917-4/MS, rel. Min. Alzir Benjamin Chaloub, j. em 24-2-1987).

O valor indevidamente percebido, pela estrita previsão típica, não necessariamente é ligado a imposto, taxa ou emolumento, mas neles se resume. Assim, qualquer valor recebido indevidamente proveniente desses institutos, desviado em proveito próprio ou de terceiro, configurará o crime de desvio. Nesse sentido, Jorge Cesar de Assis:

"Quando o Código diz que o agente desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente, só pode estar se referindo ao imposto, taxa ou emolumento referidos no artigo anterior. O crime aperfeiçoa-se, portanto, quando consumado o excesso de exação, o sujeito ativo, ao invés de recolher a quantia indebitamente obtida aos cofres públicos, desvia-a em proveito próprio ou alheio"[1770].

Respaldando a visão do caro autor paranaense, deve-se notar que os

crimes de concussão, que vimos acima, e o de corrupção passiva, que veremos, dos quais vantagens indevidas, a exemplo de valores em dinheiro, podem ser provenientes, possuem por elemento subjetivo a expressão “para si ou para outrem” (elemento subjetivo especial do tipo), de sorte que uma vantagem indevida fruto de uma exigência (concussão) ou de um recebimento na função (corrupção passiva), uma vez desviada, estará abrangida pelos próprios tipos penais em comento. Diferentemente, no excesso de exação, não estando presente a elementar “para si ou para outrem”, ou outra correlata (em proveito próprio ou alheio), preenche-se o tipo apenas com a exigência de tributo ou emolumentos indevidos, ou a cobrança devida por meio gravoso ou vexatório, sem que se exija um fim específico, de modo que, havendo um posterior desvio desses valores, a conduta não estará abrangida pelo excesso de exação, e sim configurará o crime de desvio, que absorverá o primeiro (excesso de exação). Essa lógica, frise-se, é arrimada também pela análise do preceito secundário dos dois delitos, verificando-se que a pena do crime de desvio (reclusão, de 2 a 12 anos) é muito maior do que a do crime de excesso de exação (detenção, de 6 meses a 2 anos).

• **Elemento subjetivo:** o crime apenas ocorre a título de dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de desviar valor, indevidamente percebido, que deveria recolher aos cofres públicos, em proveito próprio ou alheio.

• **Consumação:** consuma-se o crime de desvio com a destinação diversa do cofre público.

• **Tentativa:** entendemos possível, por exemplo, quando o valor, destinado a local outro que não os cofres públicos, é interceptado antes de chegar ao seu destino.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar ou não militar, desde que em razão de função pública, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, especialmente na alínea *e*, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há substancial identidade típica nos dois diplomas penais, ou seja, no §

2º do art. 316 do Código Penal comum (assim como no art. 356 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e no art. 307 do CPM. Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

4. DA CORRUPÇÃO

4.1. Corrupção passiva

• **Tipo legal**

Art. 308. Receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o agente retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

Diminuição de pena

§ 2º Se o agente pratica, deixa de praticar ou retarda o ato de ofício com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de corrupção passiva tem por objeto jurídico a administração militar, guardando sua moralidade, sua ordem administrativa.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser classificado como próprio, ou seja, exige-se a qualidade especial de funcionário público (*intraneus*), devendo-se utilizar por parâmetro, na ausência da lei penal militar, o art. 327 do Código Penal comum, para a prática do delito. No entanto, esse funcionário público não precisa ser militar; pode ser um funcionário civil atuando na Administração Militar, o que, na dicotomia entre crime propriamente militar e crime impropriamente militar, leva-nos a classificá-lo como crime impropriamente militar, pois pode ser perpetrado por alguém que não seja militar, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1771]**.

O particular, que não possua função pública, obviamente poderá, no concurso de pessoas, figurar no polo ativo, tendo-lhe comunicada a condição de funcionário público, em razão do disposto no § 1º do art. 53 do CPM, mais uma vez, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União.

Como o crime em foco exige a relação da conduta com a função pública, obviamente exclui-se da sujeição ativa o militar inativo, exceto se em concurso de pessoas (§ 1º do art. 53 do CPM) ou se estiver exercendo função em razão de estar sendo empregado regularmente na administração militar, nos termos do art. 12 do CPM.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada. Aquele que entregou a vantagem indevida ou que a prometeu, possibilidades contrapostas aos verbos nucleares do *caput* do art. 308, não será sujeito passivo de corrupção passiva, mas sim sujeito ativo de corrupção ativa, configurando-se o concurso de pessoas, em uma exceção no Código Penal Militar, o qual adota a teoria pluralística, em que cada um dos consortes responderá por um delito próprio.

• **Elementos objetivos:** o delito de corrupção passiva tem uma semelhança muito grande com o delito de concussão, diferenciando-se, basicamente, apenas pelos verbos nucleares da conduta, ou seja, enquanto na concussão se "exige", na corrupção passiva as condutas nucleares são "receber" vantagem indevida ou "aceitar" sua promessa. Nas demais elementares, a identidade é muito grande entre os dois tipos penais, porquanto se fala em "vantagem indevida" e em exercício ou em razão de uma função pública. O autor, em outros termos, em virtude da função que exerce na Administração Militar, recebe ou aceita a promessa de vantagem indevida.

Receber, conforme se extrai do tipo em estudo, significa entrar na posse, sem o constrangimento e a violência dos crimes anteriores. *Aceitar a promessa*, por sua vez, significa anuir, concordar com a concessão de vantagem futura.

Diferentemente do que ocorre no Código Penal comum, o crime militar de corrupção passiva não possui a conduta nuclear "solicitar", o que, como sustentamos nos comentários ao art. 9º do CPM, não tira a substancial identidade das modalidades previstas no Código Castrense – receber e aceitar promessa – aquelas previstas no art. 317 do Código Penal comum, que também as possui. Essa realidade, no entanto, leva a um questionamento acerca de qual tipo penal, comum ou militar, deve subsumir a conduta de um militar que em razão de sua função solicita vantagem indevida.

Majoritariamente, em resposta à questão, sustenta-se que um militar fardado e armado, ao solicitar uma vantagem indevida, em verdade, a está exigindo, donde se conclui que a conduta deva ser subsumida no delito militar de concussão (art. 305 do CPM). Nesse sentido, *vide*, do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, a Apelação Criminal n. 2.645 (Proc. n. 30.900, 3ª AJME, j. em 8-6-2010, rel. Juiz Fernando Galvão da Rocha):

"APELAÇÃO CRIMINAL – Condenação pela prática do crime de concussão – Militar que exige certa quantia em dinheiro de civil para não lavrar autos de infrações de trânsito – Conduta que se encaixa na descrição típica do crime militar de concussão – Alegada insuficiência de provas capazes de fundamentar o decreto condenatório – Prova testemunhal firme e congruente no

sentido de que o recorrente praticou a conduta criminosa – Recurso improvido – Manutenção da sentença impugnada. O fato de o militar encontrar-se *fardado, utilizando uma viatura policial, cria o contexto necessário à intimidação da vítima para a obtenção da vantagem ilícita, o que transforma o pedido em verdadeira exigência capaz de configurar o crime de concussão*. É comum que o crime de concussão, por sua natureza, seja cometido de forma velada, o que faz com que a prova testemunhal, sobretudo o depoimento da vítima, ganhe maior relevância. Não havendo qualquer incongruência entre os depoimentos colhidos na fase de instrução, inexistem motivos para que sejam considerados inverídicos. Comprovada a autoria e a materialidade do crime, deve ser mantida a condenação pela prática do crime de concussão. Recurso improvido. Manutenção da sentença recorrida". (g. n.)

Ocorre que nem sempre o militar estará aparamentado, e a situação será tal que a solicitação transformar-se-á em exigência, a exemplo do militar do Corpo de Bombeiros. Não nos parece haver "exigência" na solicitação de vantagem indevida de um bombeiro militar para aprovar construção e expedir o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros (AVCB). Nesse caso, com o devido respeito aos defensores dessa vertente, não nos parece estar presente a concussão, mas sim a corrupção passiva, crime comum, diante da atipicidade do fato no Código Penal Militar. Nesse sentido, com muita propriedade, conclui Honazi de Paula Farias:

"Entre concussão e corrupção passiva há de existir uma diferença ontológica expressa no sentido diverso dos verbos-núcleos 'exigir' e 'solicitar'. Exigir implica obrigar a alguma coisa, sob certa pena. Solicitar é simples pedido. Enquanto no primeiro caso a vítima é levada pelo medo a atender à exigência, no segundo satisfaz o pedido livremente, recebendo ou não, em contrapartida, alguma vantagem.

Todavia, essa diferença não reside na seara penal castrense, porquanto o art. 308 do CPM não descreve, como elemento objetivo do tipo, a conduta solicitar, motivo pelo qual, em se verificando que o militar do Estado solicitou uma vantagem indevida, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela, estará configurado o crime tipificado no art. 317 do Código Penal comum, devendo ser

ele processado e julgado pela Justiça comum"[1772].

No plano jurisprudencial, o mesmo autor diz que, no sentido da tese que advoga, manifestou-se a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência n. 18.555/MS (1996/0069719-1), julgado em 27 de maio de 1997, sob relatoria do Ministro Fernando Gonçalves:

"1. Competência – Militar – Corrupção Passiva – Art. 317 do CP – Compete à Justiça Comum processar e julgar crime de corrupção passiva por militar, ante a ausência de previsão desta conduta no Código Penal Militar.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Campo Grande/MS".

Esclarece, por fim, que, na espécie, um "Segundo Sargento de uma Força Armada, no Estado do Mato Grosso do Sul, havia solicitado cento e cinquenta reais, para dispensar um conscrito do serviço militar obrigatório, restando indiciado pela prática do crime de concussão, previsto no art. 305 do CPM", e no voto do relator "ficou consignado que o núcleo do tipo do crime de concussão é o verbo exigir, não configurado na hipótese, porquanto no seu entender houve tão somente uma solicitação, subsumindo-se o fato à conduta preceituada no art. 317 do CP, qual seja, corrupção passiva".

Como suscitado, acompanhamos a visão de Honazi Farias, entendendo que nem sempre uma solicitação terá, embora seja possível, contornos de exigência. Se não tiver, ou seja, quando se concluir no caso em espécie, o tipo penal a subsumir a conduta não será o do art. 305 do CPM, mas sim o do art. 317 do CP.

A vantagem versada é indevida, ou seja, ilícita, não respaldada pelo Direito, e, regra geral, é de ordem patrimonial, mas como o tipo não a restringe e também não se trata de delito patrimonial, haverá subsunção qualquer que seja a natureza da vantagem, tal qual sustentamos na concussão.

Também o recebimento ou a aceitação da vantagem indevida poderá dar-se diretamente pelo funcionário público, ou por interposta pessoa (indiretamente), que poderá, se conhecer a situação fática, responder pelo mesmo delito pela comunicação das elementares.

Embora também não esteja prevista expressamente no tipo, apesar de poder ser inferida da previsão do § 1º do artigo em comentário, suscita-se uma barganha de interesse do funcionário e do particular, em que o funcionário fere seu dever de ofício em favor do particular, que entrega ou promete a vantagem indevida ao *intraneus*. Questão interessante, acerca dessa lesão ao dever de ofício está na possibilidade de o funcionário público cumprir exatamente seu encargo, na forma e tempo adequados, mas impulsionado pela vantagem indevida. Poder-se-ia pensar que, uma vez cumprida a tarefa, não haveria que falar em lesão ao dever de ofício. Todavia, por óbvio, o cumprimento do dever de ofício pressupõe que a motivação do funcionário será apenas o sentimento de dever cumprido, de ter bem cumprido sua tarefa, havendo, portanto, lesão a esse dever se a força motriz for a percepção de uma vantagem indevida. Já se decidiu, por exemplo, que comete o delito de corrupção passiva o oficial de justiça que recebe uma gratificação em dinheiro para cumprir um mandado de busca e apreensão ajuizado por um banco, consistindo a percepção da vantagem indevida no depósito do dinheiro em conta corrente do funcionário público, em nome do escritório do banco**[1773]**. Nessa esteira, cometeria corrupção passiva o militar do Estado que recebesse vantagem indevida para, em um bloqueio de trânsito, promover a remoção de um veículo, mesmo que a remoção fosse amparada pela lei de trânsito.

Eventuais obtenções de vantagens, ainda que indevidas, sem essa quebra do dever de ofício, constituem presentes em face da Administração Militar, conduta cuja análise deve ficar adstrita ao campo da transgressão disciplinar e da improbidade administrativa. Assim, não consideramos o delito de corrupção passiva, por exemplo, no caso de militar do Estado, em serviço de policiamento ostensivo, que aceita, após a atuação adequada dentro do dever de ofício, uma novilha de um usuário do serviço satisfeito, como recompensa pela excelente prestação de sua atividade. Deve-se tomar cuidado, pois em alguns casos a aceitação de bens materiais nem sequer configurará ilícito de improbidade, a exemplo de pequenos regalos, como caixa de chocolates, arranjo de frutas etc., nem mesmo em situações em que haja considerável aumento de patrimônio, como no caso de premiações incentivadas pela própria Administração Militar, conferidas ao melhor "Policial Comunitário" do ano.

A corrupção passiva, assim, é delito de dois polos (apesar dessa bilateralidade não ser exigida tipicamente), em que, de um lado, tem-se o funcionário público da Administração Militar recebendo a vantagem (ou aceitando sua promessa) e, de outro, o particular, interessado, oferecendo, dando ou prometendo-a (vantagem) para que o funcionário pratique indevidamente, deixe de praticar ou retarde o ato de ofício, conforme previsão do art. 309 do CPM. Em outros termos, se o funcionário público recebe (corrupção passiva) é porque alguém entregou (corrupção ativa); se o funcionário público aceitou promessa (corrupção passiva) é porque alguém prometeu (corrupção ativa) – não seria sempre assim, frise-se, se o crime militar de corrupção passiva, a exemplo do crime comum, possuísse a modalidade de *solicitar*, porquanto a solicitação poderia não ser atendida. Essa situação dificulta sobremaneira a investigação do fato, pois, conhecedor de sua eventual responsabilização, o particular tende a externar a postura do funcionário de forma mais gravosa, com o intuito de transformar a real corrupção passiva em concussão (art. 305 do CPM) e, consequentemente, deixar de ser autor de corrupção ativa para ser, tão somente, a vítima secundária (ofendido ou sujeito passivo mediato) da concussão, eximindo-se, assim, da imputação penal que pesaria sobre ele. Considerando a dupla polaridade da corrupção passiva, entendeu-se como corrupção passiva e ativa o ato de um soldado dar a um graduado um aparelho de telefonia celular para que este, na condição de Sargenteante, o privilegiasse com escala de serviço mais amena (STM, Ap. 2003.01.049310-7/PE, rel. Min. Henrique Marini e Souza, j. em 22-6-2004), bem como a prática de trocar o serviço nas Unidades Militares mediante paga em dinheiro, porquanto "deletéria para a disciplina e a ordem administrativa militar", comprometendo a "compreensão do dever militar por parte daqueles que precisam nele pautar sua conduta e a lealdade devida às regras que disciplinam as relações desenvolvidas no âmbito da caserna, atributos que dizem respeito à própria coesão dos corpos militares" (STM, Ap. 2002.01.006891-4/RJ, rel. Min. José Júlio Pedrosa, j. em 29-10-2002).

O § 1º do art. 308 prevê o aumento da pena na modalidade do *caput* (reclusão, de 2 a 8 anos) em um terço, nos casos em que, fruto de recebimento da vantagem ou aceitação de sua promessa, o autor pratica seu ato de ofício

indevidamente (em desconformidade com a lei ou regulamentos), retarda sua execução ou deixa de praticá-lo, qualquer deles com infração a seu dever funcional, o que alguns intitulam *corrupção passiva exaurida*. Em síntese, a pena é mais severa se, além da postura indevida do funcionário de receber vantagem indevida (ou promessa dela), ele também não observou seu dever de ofício. Esta causa especial de aumento de pena não se aplica à corrupção passiva privilegiada do § 2º do art. 308, que veremos a seguir, visto que se refere expressamente ao recebimento ou à aceitação da promessa da vantagem indevida, ausentes na forma privilegiada. Já se considerou como incurso nessa majorante o "policial militar que, durante abordagem, recebe vantagem indevida de civil e o libera, deixando de praticar ato de ofício" (TJMSP, Ap. Crim. 5.538/06, Feito n. 40.532/04, 4ª Auditoria, rel. Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior, j. em 11-3-2010), ou "o policial militar que aceita promessa de vantagem econômica indevida para obter informações reservadas junto ao COPOM e repassá-las a criminosos" (TJMSP, Ap. Crim. 5.504/06, Feito n. 41.337/05, 4ª Auditoria, rel. Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior, j. em 10-2-2009).

O § 2º do artigo em estudo traz um privilégio, cominando-se pena de detenção, de três meses a um ano, se o agente pratica, deixa de praticar ou retarda o ato de ofício com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem. Trata-se da corrupção passiva privilegiada. Neste tipo, o autor também pratica seu ato de ofício indevidamente (em desconformidade com a lei ou regulamentos), retarda sua execução ou deixa de praticá-lo, qualquer deles com infração a seu dever funcional, porém, aqui, a prática delituosa se dá não para aferimento de vantagem, mas sim, tão somente, para atender a pedido ou influência de outrem. Caso haja recebimento posterior de vantagem indevida, a título de agradecimento, prevalecerá a corrupção passiva privilegiada. Nesse sentido, a Apelação Criminal n. 5.118/02 (Feito n. 25.798/99, 4ª Auditoria, rel. Juiz Paulo Prazak, j. em 20-10-2005): "Falsificação de documento e Corrupção Passiva – Policial Militar que falsificou relatório de acidente de trânsito a pedido do proprietário do veículo – Vantagem indevida entregue posteriormente, pelo beneficiário, como forma de agradecimento – Princípio da Consunção – Ina-plicabilidade – Impossibilidade de exasperação da pena".

• **Elemento subjetivo:** o delito de corrupção passiva somente admite como elemento subjetivo o dolo, a vontade livre e consciente de exigir vantagem indevida, havendo o elemento subjetivo específico do injusto na proporção em que a vantagem exigida, no *caput* do art. 308, é destinada ao próprio agente ou a terceiro.

• **Consumação:** consuma-se a modalidade do *caput* com o recebimento da vantagem (crime material) ou a simples aceitação de sua promessa (crime formal). Na forma prevista no § 2º, consuma-se o delito com a lesão ao dever de ofício, impulsionada pela influência de terceiro.

• **Tentativa:** como o *iter criminis* pode ser fracionado, em especial na modalidade "receber", a tentativa é juridicamente possível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar ou não militar, desde que em razão de função pública, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, especialmente na alínea *e*, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais, ou seja, no art. 317 do Código Penal comum (assim como no art. 357 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e no art. 308 do CPM. Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

4.2. Corrupção ativa

• **Tipo legal**

Art. 309. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou vantagem indevida

para a prática, omissão ou retardamento de ato funcional:

Pena – reclusão, até oito anos.

Aumento de pena

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem, dádiva ou promessa, é retardado ou omitido o ato, ou praticado com infração de dever funcional.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de corrupção passiva tem por objeto jurídico a Administração Militar, guardando sua moralidade, sua ordem administrativa.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser praticado por qualquer pessoa, seja militar da ativa (federal ou estadual), militar da reserva ou reformado, ou ainda por um civil, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1774]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada, e, em segundo plano, o funcionário público, desde que, obviamente, não receba a vantagem indevida nem aceite a sua promessa. Caso o funcionário público receba a vantagem indevida (ou dinheiro) ou aceite sua promessa, possibilidades contrapostas aos verbos nucleares “dar” e “prometer” do *caput* do artigo em foco, não será sujeito passivo de corrupção ativa, mas sim sujeito ativo de corrupção passiva, configurando-se o concurso de pessoas, em uma exceção no Código Penal Militar, o qual adota a teoria pluralística, em que cada um dos consortes responderá por um delito próprio.

• **Elementos objetivos:** os núcleos do tipo penal da corrupção ativa são “dar”, “oferecer” ou “prometer” dinheiro ou vantagem indevida, com o fim específico de que aquele a quem se oferece, promete ou dê, atue com lesão ao seu dever de ofício.

Dar, naturalmente, significa entregar, fornecer, ou seja, transferir a posse da vantagem indevida. *Oferecer* significa propor com entrega imediata, apresentar algo com o fito de que seja aceito. *Prometer*, por fim, traduz-se pela

proposta de entrega futura, uma obrigação em que o agente propõe a futuramente entregar algo, no caso, a vantagem indevida.

Assim, o autor dá, oferece ou promete vantagem indevida como forma de convencer o funcionário da Administração Militar a cometer infração funcional, caracterizada, nos termos do tipo penal militar, pela *prática* (levar a efeito), *omissão* (deixar de fazer) ou *retardamento* (atraso, praticar em momento posterior ao que se devia e podia praticar) de ato funcional. Mesmo que a oferta seja para que o funcionário faça o que é devido, mas suscitando-se que a vantagem indevida o impulsione, o crime estará configurado.

A vantagem versada é indevida, ou seja, ilícita, não respaldada pelo Direito, e, regra geral, é de ordem patrimonial, mas como o tipo não a restringe, mencionando não só dinheiro mas qualquer vantagem indevida, e também não se trata de delito patrimonial, haverá subsunção qualquer que seja a natureza da vantagem, tal qual sustentamos na concussão e na corrupção passiva. Nesse sentido, dispõe Nucci: "Se alguém, exemplificando, propõe vantagem (pode ser qualquer lucro, ganho, privilégio ou benefício ilícito, ou seja, contrário ao direito, ainda que ofensivo apenas aos bons costumes) a funcionário público, levando-o a executar um ato que é sua obrigação, comete o delito previsto neste artigo"**[1775]**.

Ao contrário do que ocorre com o crime militar de corrupção passiva (art. 308 do CPM), a corrupção ativa, embora possa ser, não necessariamente será um *delito bilateral*, havendo crime nos dois polos, visto que, se o autor dá, oferece ou promete a vantagem indevida (corrupção ativa), não necessariamente o funcionário público a receberá ou aceitará a sua promessa.

Como exemplo, já se entendeu haver corrupção ativa na conduta de uma sodado da Polícia Militar do Estado de São Paulo que, envolvida em crime investigado pela Corregedoria da Instituição e sendo conduzida a essa Unidade por militares do Estado que lá serviam, fez contato telefônico com um graduado (sargento), também envolvido no crime investigado pela Corregedoria da Polícia Militar paulista, que pediu para falar com o responsável pela condução, oferecendo-lhe quantia em dinheiro para que deixasse de conduzir a soldado, bem como para que não figurassem em qualquer documentação referente a

inquérito policial militar instaurado[1776].

Outro exemplo está na conduta do Policial Militar que oferece dinheiro a colega de farda para que este deixe de praticar ato funcional (TJMMG, Ap. 2.522, Proc. n. 26.230, 3ª AJME, rel. Juiz Jadir Silva, j. em 4-11-2008).

O parágrafo único do art. 309 prevê o aumento de pena nos casos em que, em razão da entrega, oferta ou promessa de vantagem, o funcionário da administração militar pratica seu ato de ofício indevidamente (em desconformidade com a lei ou regulamentos), retarda sua execução ou deixa de praticá-lo, qualquer deles com infração a seu dever funcional. Em síntese, a reclusão de um a oito anos (pena mínima, definida de acordo com o art. 58 do CPM), por essa causa especial de aumento de pena, é majorada em um terço, justificando-se a pena mais severa diante da postura indevida do funcionário, que efetivamente rompe com seu dever de ofício por influência do sujeito ativo da corrupção ativa, que, dessa forma, terá maior reprovação.

• **Elemento subjetivo:** o crime de corrupção ativa admite apenas a modalidade dolosa, ou seja, a vontade livre de oferecer a vantagem indevida com o propósito de que o funcionário público pratique, omita-se ou retarde ato funcional com infração de dever (elemento subjetivo especial do injusto).

• **Consumação:** consuma-se o delito em foco com a entrega, oferta ou promessa da vantagem indevida promovida pelo autor, sendo necessário que tal vantagem efetivamente chegue às mãos do funcionário público.

• **Tentativa:** é possível nos casos em que a oferta ou promessa não chegue ao funcionário da Administração Militar por circunstâncias alheias à vontade do agente (crime plurissubsistente).

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar ou não militar, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, especialmente na alínea *e*, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais, ou seja, no art. 333 do Código Penal comum (assim como no art. 374 do

CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e no art. 309 do CPM. Caso o autor seja militar reformado ou da reserva, ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

4.3. Participação ilícita

• **Tipo legal**

Art. 310. Participar, de modo ostensivo ou simulado, diretamente ou por interposta pessoa, em contrato, fornecimento, ou concessão de qualquer serviço concernente à administração militar, sobre que deva informar ou exercer fiscalização em razão do ofício:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem adquire para si, direta ou indiretamente, ou por ato simulado, no todo ou em parte, bens ou efeitos em cuja administração, depósito, guarda, fiscalização ou exame, deve intervir em razão de seu emprego ou função, ou entra em especulação de lucro ou interesse, relativamente a esses bens ou efeitos.

• **Objetividade jurídica:** é a administração militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo não vem definido no tipo, entretanto está nele expressa a incumbência de informar ou fiscalizar; na Administração Militar, tais papéis são exercidos por militares, do que se depreende serem eles, em primeiro plano, os autores. Nada obsta, no entanto, que a Administração Militar, na evolução dos serviços prestados no interior da caserna, tenha um funcionário civil envolvido nessa fiscalização, o que leva à conclusão de que, no âmbito federal, um não militar pode figurar como sujeito ativo.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** um dos núcleos da conduta é "participar". O autor, em vista da função que desempenha na administração militar, deve informar, prestar contas, esclarecer, ou ainda fiscalizar a realização de contratos, fornecimentos ou concessão de qualquer serviço concernente à administração; entretanto, apesar de seu dever de ofício, ele, às claras (apresentando-se ou sendo apontado seu nome na documentação) ou não, pessoalmente ou sendo representado, participa do contrato, do fornecimento, ou do serviço prestado à administração militar; em suma, aquele que deveria zelar pela regularidade é parte interessada do processo.

Na mesma situação estão tanto aquele que "adquire" bens ou efeitos, sobre os quais deveria intervir por força do ofício, os quais estão sendo administrados, depositados, guardados, fiscalizados ou examinados pela administração militar, como aquele que "especula" lucro sobre tais bens ou efeitos. Sílvio Martins Teixeira nos ensina, através do Professor Jorge César de Assis**[1777]**, que "'efeitos militares' são todas as coisas que valem para os fins militares".

• **Elemento subjetivo:** somente o dolo, a vontade livre e consciente de praticar a conduta indevida.

• **Consumação:** o delito se consuma com a participação em contrato, concessão ou serviço, com a aquisição dos bens ou efeitos ou com sua especulação.

• **Tentativa:** não se admite, em vista de ser delito instantâneo (ou de mera conduta).

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar ou não militar, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União,

deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

5. DA FALSIDADE

5.1. Falsificação de documento

• **Tipo legal**

Art. 311. Falsificar, no todo ou em parte, documento público ou particular, ou alterar documento verdadeiro, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar:

Pena – sendo documento público, reclusão, de dois a seis anos; sendo documento particular, reclusão, até cinco anos.

Agravação da pena

§ 1º A pena é agravada se o agente é oficial ou exerce função em repartição militar.

Documento por equiparação

§ 2º Equipara-se a documento, para os efeitos penais, o disco fonográfico ou a fita ou fio de aparelho eletromagnético a que se incorpore declaração destinada à prova de fato juridicamente relevante.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de falsificação de documento (ou falsidade material) tem por objeto jurídico a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser praticado por qualquer pessoa, seja militar da ativa (federal ou estadual), militar da reserva ou reformado, ou ainda por um civil, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1778]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta no tipo em estudo é "falsificar", ou seja, criar, fabricar um documento que se passe por verdadeiro, ou então "alterar", ou seja, modificar um documento verdadeiro, transformando relevantemente, assim, a informação nele constante. Nesta última forma, destaque-se, deve apenas haver a modificação, e não a supressão de parte do documento, já que ter-se-ia subsunção em tipo específico, a saber o art. 316 do CPM, que capitula o crime militar de "supressão de documento".

A falsificação, cumpre sempre lembrar, deve ser apta a causar erro naquele a que se destina o documento, sob pena de ocorrência de crime impossível, restando apenas, se o agente for militar (ou funcionário público, sujeito a lei disciplinar específica), a responsabilização disciplinar. Nesse sentido, muito bem adverte Bitencourt acerca do crime comum, correlato ao ora estudado: "No crime de *falsificação de documento público* é necessário que o *falsum* seja suficientemente *idôneo para provocar o erro* em outrem, sob pena de não configurar a infração penal descrita no art. 297"**[1779]**.

Nesse sentido, *vide*, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, a Apelação Criminal n. 4.684/99 (Feito n. 16.744/96, 1ª Auditoria, j. em 8-2-2007, rel. Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior):

"Policial Militar falsifica atestados médicos com o intuito de favorecer sua esposa, o faz de modo grosseiro a não incutir o mínimo sentido de veracidade na documentação mesmo em pessoa leiga. Inexistindo a potencialidade do dano, é de rigor sua absolvição na esfera penal. Não obstante, decretada sua demissão dos quadros da Corporação no âmbito administrativo. Independência das esferas penal e administrativa".

Vide, ainda, do mesmo Tribunal, a Apelação Criminal n. 5.603/06 (Feito n. 42.615/05, 4ª Auditoria, j. em 23-6-2009, rel. Juiz Cel. PM Clovis Santinon):

"Incorre no crime de falsificação de documento o policial militar que altera data em auto de infração de trânsito. Caracteriza crime a falsificação capaz de iludir o homem médio pela aparente veracidade".

O objeto da falsificação ou alteração é o documento público ou particular, o que leva à necessidade de bem compreender essa elementar.

Para a definição de documento, existem duas teorias: a *teoria estrita* (ou *formalista*) e a *teoria ampla*.

A *teoria estrita,* "adotada, em 1947, pela Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal, em Bruxelas, definindo especificamente a falsidade documental, afirma ser esta a 'alteração da verdade levada a efeito com a intenção de prejudicar, em um escrito destinado ou apto a servir de prova de um direito ou de um fato com efeitos jurídicos'"**[1780]**. Conclui-se, portanto, que por essa teoria, embora não precise o documento tratar-se de papel, deve, por outro bordo, tratar-se de escrito.

Em sentido diverso, encontra-se a *teoria ampla*, segundo a qual, o documento objeto da falsidade não carece ser escrito, podendo ser, pela exigência da modernidade, fitas taquigráficas, películas fotográficas, fitas ou discos videofonográficos e outros suportes propiciados para condensar o raciocínio humano**[1781]**.

Avaliadas as duas teorias, entendemos que no Código Penal Militar, por influência do § 2º do art. 311 (*Equipara-se a documento, para os efeitos penais, o disco fonográfico ou a fita ou fio de aparelho eletromagnético a que se incorpore declaração destinada à prova de fato juridicamente relevante*), claramente foi adotada a *teoria ampla*, que deve ainda ser somada ao disposto no art. 371 do Código de Processo Penal Militar, segundo o qual documentos são quaisquer escritos, instrumentos ou papéis. Dessa forma, "documento", para o Código Penal Militar, significa qualquer superfície apta a condensar, por escrito ou

qualquer outra forma (imagem, sinais, códigos etc.), o pensamento humano. Claro que, para os fins exigidos pelo tipo penal em estudo, em alinho à objetividade jurídica, o conteúdo desse pensamento humano condensado deve possuir relevância jurídica, criando, extinguindo, ampliando ou restringindo direito.

Por outro enfoque, não se deve considerar documento apto a preencher o tipo penal em comento a superfície que não seja apta a conservar a informação por um tempo significativo, que não tenha a identificação de seu autor (anônimo) ou que não possua eficácia probatória, ou seja, deve ser um instrumento cujo conteúdo sirva como prova.

Diferentemente do Código Penal comum, que possui tipos distintos para a falsificação de documento público (art. 297) e particular (art. 298), o art. 311 do CPM condensou as duas espécies, apenas distinguindo-as no preceito secundário, já que a pena cominada é de reclusão, de dois a seis anos, se se tratar de documento público, e de reclusão, de um a cinco anos (pena mínima, nos termos do disposto no art. 58 do CPM), no caso de documento particular. Dessarte, é fundamental distinguir documento público de documento particular para a correta aplicação da pena.

Documento público é aquele "elaborado na forma prescrita em lei, por funcionário público, no exercício de suas atribuições, compreendido o documento formal e substancialmente público, observadas as 'formalidades condicionantes de sua eficácia jurídica do País'"**[1782]**. *Formalmente* público é o documento que, embora lavrado por funcionário público, por imposição legal, possui conteúdo substancialmente privado, a exemplo de declaração de vontade de particulares sedimentada em documento lavrado por funcionário público (tabeliães, e. g.). *Substancialmente* públicos são os documentos que, também lavrados por funcionário público, possuem conteúdo com natureza e relevância de direito público. Ambas as espécies devem ser consideradas *documentos públicos* para fins de aplicação do tipo penal militar em estudo.

Documento particular é aquele não enquadrado como documento público, ou seja, "*elaborado* sem a intervenção de funcionário ou de alguém que tenha fé pública"**[1783]**.

A falsificação, ademais, para constituir crime militar, deve configurar-se em situação que afete a Administração Militar, já que o tipo penal, *in fine*, dispõe "desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar". Parece-nos redundante a expressão, visto que atentar contra a Administração Militar é abrangente, de sorte que engloba também o atentado ao serviço militar. Assim, deve-se compreender que o crime militar somente será reconhecido quando, de qualquer forma, afetar a Administração Militar, por exemplo, aviltando a fé pública de que seu funcionário goze, seu patrimônio, sua moralidade etc., o que ocorre, geralmente, quando o agente postula perante a Administração Militar ou altera documento utilizado em serviço. Constitui, nesse foco, crime de falsificação de documento a conduta de policial militar que adultera auto de infração de trânsito com o fim de cancelá-lo (cf. TJMSP, Ap. Crim. 5.915/08, rel. Juiz Cel. PM Clovis Santinon, j. em 1º-12-2009).

A falsidade, por fim, deve ser constada por prova pericial – embora o juiz não esteja a ela vinculado –, o que exige, de certo, a apreensão do documento original falsificado para a perícia técnica condizente. Nesse sentido, *vide*, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, a Apelação Criminal n. 5.010/01 (Feito n. 24.968/99, 4ª Auditoria), julgada em 10 de março de 2005, sob relatoria do Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior:

"Embora o juiz não esteja vinculado às conclusões periciais, *elas se constituem em relevante subsídio ao convencimento do julgador, relativo à autoria e materialidade do delito perpetrado*. Da leitura da Exposição de Motivos do CPPM, verifica-se necessário o emprego da legislação especializada castrense, não admitindo-se a aplicação subsidiária da norma penal de natureza comum (artigo 71 do CP), sob pena de desvirtuamento da índole castrense, configurando-se como inócua a Justiça Militar federal ou estadual". (g. n.)

Interessante trazer novamente o entendimento assentado na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça**[1784]**, segundo a qual o crime de falso para a prática posterior de estelionato deve ser considerado *antefactum* não punível, já que a falsificação é um meio necessário para a prática do crime de estelionato e se exaure com ele, ou seja, a falsificação não poderá ser utilizada para a prática de outros crimes. Neste caso, entende-se que o estelionato absorve a falsificação

(consunção) e, note-se, a pena do estelionato é menor do que a pena do crime de falso, o que suscita críticas a essa visão**[1785]**. Todavia, também se deve frisar que a citada Súmula sofre ataques, a exemplo, no STF, do Recurso Extraordinário n. 560.944/PE, julgado em 26 de agosto de 2008, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que se reconheceu a existência de concurso de crimes:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, CF. CRIME CONTRA INTERESSE DA EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. PROVIMENTO. 1. A questão de direito tratada nestes autos diz respeito à alegada violação da regra contida no art. 109, IV, da Constituição Federal. Cuida-se de possível malferimento da regra constitucional referente à competência da justiça federal. 2. *A hipótese não se confunde com a orientação de que o crime de falsum é absorvido pelo crime de estelionato, havendo claro interesse da empresa pública federal nas condutas narradas na denúncia, atribuídas à recorrida, daí a competência da justiça federal* (CF, art. 109, IV). 3. Esta Corte já teve oportunidade de apreciar matéria semelhante, relacionada à falsificação de certidão negativa de débito do INSS utilizada para renovação de financiamento junto à instituição financeira privada (HC 85.773/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 27.04.2007), bem como a *prática de estelionato e falsidade de documentos quando cometidos em detrimento de empresa pública federal* (RHC 82.059/PR, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ 25.10.2002). 4. Há, ainda, outra imputação contra a recorrida – quanto ao possível estelionato na emissão de cheques sem fundo contra a ECT – que atrairia, por si só, a competência da justiça federal em relação aos demais fatos descritos na denúncia. 5. No caso, *havendo concurso de crimes*, a competência da justiça federal também alcançará os fatos supostamente criminosos que foram praticados em conexão com aqueles de competência da justiça federal. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido". (g. n.)

Ficamos com a posição do Superior Tribunal de Justiça, aliás, como o faz Rogério Greco:

"Estamos com a posição do STJ, expressa pela Súmula n. 17. Isso porque se o documento público falsificado pelo agente ainda puder ser utilizado

na prática de outras infrações penais, forçoso é reconhecer a independência das infrações penais. Assim, imagine-se a hipótese em que o agente tenha falsificado um documento de identidade para, com ele, abrir diversos crediários em lojas de eletrodomésticos, a fim de praticar o delito de estelionato, pois receberá as mercadorias, sem efetuar um único pagamento. O documento de identidade falsificado, como se percebe, poderá ser utilizado em inúmeras infrações penais, razão pela qual, nesse caso, somos pelo concurso material de crimes, haja vista não se poder visualizar, na espécie, conduta única, mas, sim, pluralidade de comportamentos"**[1786]**.

Em outra questão interessante de concurso aparente de normas, entendemos correta a visão de que se o próprio falsificador utilizar o documento, configurando o crime do art. 315 do CPM, este absorverá a falsificação. Todavia, já se decidiu, embora por delito único, haver a prevalência do crime de falso. Nesse sentido decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* n. 10.447/MG (j. em 28-5-2002), sob relatoria do Ministro Vicente Leal:

"PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CRIME CONTINUADO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. USO PELO FALSÁRIO. DELITO ÚNICO.

– Configura crime continuado duas ações consistentes no preenchimento de laudas assinadas por outrem e utilizadas para os expedientes ideologicamente falsos, dirigidas a um mesmo resultado.

– A doutrina e a jurisprudência são unânimes no entendimento de que o uso do documento falso pelo próprio autor da falsificação configura um único delito, qual seja, o do art. 297 do Código Penal, pois, na hipótese, o uso do falso documento é mero exaurimento do crime de *falsum*.

– *Habeas corpus* concedido".

O § 1º do art. 311 do artigo em debate traz uma causa especial de aumento de pena, segundo a qual a pena é agravada em razão de o autor ser oficial ou de trabalhar em repartição militar. Nesses dois casos, a reprovação se justifica em face da evidente quebra de confiança depositada pela Administração Militar, já que o oficial, além de ser um exemplo, deve fiscalizar

os atos de seus subordinados, bem como aquele que trabalha em repartição militar, no serviço administrativo, tem obrigação de zelar pela Administração Militar que aviltou. A majoração, como não há previsão expressa, deve seguir o disposto no art. 73 do CPM, ou seja, será aumentada entre um quinto e um terço.

• **Elemento subjetivo:** o crime de falsificação de documento somente se configura a título de dolo, ou seja, o agente deve ter a vontade livre e consciente de falsificar ou alterar o documento.

• **Consumação:** consuma-se o delito em estudo com a falsificação ou alteração do documento, não importando sua posterior utilização, muito embora seja geralmente nesse momento que se detecta o atentado contra a Administração Militar.

• **Tentativa:** entendemos possível no crime de falsificação de documento, porquanto se trata de crime plurissubsistente.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista nos arts. 297 e 298 do Código Penal comum e nos arts. 330 e 331 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato atente contra a administração ou o serviço militar.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

5.2. Falsidade ideológica

• **Tipo legal**

Art. 312. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar:

Pena – reclusão, até cinco anos, se o documento é público; reclusão, até três anos, se o documento é particular.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de falsidade ideológica tem por objeto jurídico a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser praticado por qualquer pessoa, seja militar da ativa (federal ou estadual), militar da reserva ou reformado, ou ainda um civil, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1787]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada.

• **Elementos objetivos:** o crime de falsidade ideológica (de falso ideal, de falso intelectual ou de falso moral) tem por núcleos da conduta "omitir" declaração que deveria constar ou "inserir" ou "fazer inserir" uma falsa declaração em documento público ou particular.

Omitir, modalidade omissiva própria, significa não mencionar, não registrar, não acrescentar declaração em um documento, público ou particular.

Inserir, modalidade comissiva, resume-se no ato de o próprio agente registrar, fazer constar, consignar a informação (declaração) diversa da que deveria, no documento, público ou particular. Sob a forma de *fazer inserir* o agente insere de forma indireta, ou seja, utiliza-se de alguém que, sob sua influência, insere a falsa informação.

O objeto da omissão ou da inserção, a exemplo da falsificação de documento, é o documento público ou particular, com a distinção de que neste crime o documento, em si, não é falso, mas apenas a ideia, o raciocínio que ele

encerra.

Quanto à definição de documento, conferir os comentários ao artigo anterior.

A norma penal militar em estudo menciona documento público e particular, distinguindo-os no preceito secundário, já que a pena cominada é de reclusão de um a cinco anos, se se tratar de documento público, e de reclusão, de um a três anos, no caso de documento particular, lembrando que as penas mínimas nos termos do disposto no art. 58 do CPM.

Como já mencionado, este delito difere do anterior, pois neste o documento, formalmente, está correto e qualquer perícia (exame) realizada sobre ele nada irá detectar. O erro aqui não é material, mas sim de essência. Portanto, a falsidade ideológica se demonstra por meio de fatos ou de outros documentos que comprovem que a informação existente no documento sob estudo não é verdadeira ou está incompleta, apesar de, materialmente, o objeto estar impecável. Nesse sentido, Hungria postulava:

"Fala-se em *falsidade ideológica* (ou *intelectual*), que é modalidade do *falsum* documental, quando à genuidade formal do documento não corresponde a sua veracidade intrínseca. O documento é genuíno ou materialmente verdadeiro (isto é, emana realmente da pessoa que nele figura como seu autor ou signatário), mas seu conteúdo intelectual não exprime a verdade. Enquanto a falsidade material afeta a *autenticidade* ou *inalterabilidade* do documento na sua forma extrínseca e conteúdo intrínseco, a falsidade ideológica afeta-o tão somente na sua *ideação*, no pensamento que suas letras encerram"**[1788]**.

Da mesma forma que a falsidade material, "é impunível a falsidade ideológica que afirme fato ou circunstância incompatível com a realidade de todos conhecida. Uma declaração mentirosa, porém inábil para prejudicar, é inócua, não cria para a sociedade aquele perigo necessário e exigível; é necessário que o falso tenha um mínimo de idoneidade para enganar"**[1789]**.

A falsificação, ademais, para constituir um crime militar, deve configurar-se em fato que afete a Administração Militar, já que o tipo penal, *in fine*, dispõe "desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar".

Parece-nos redundante a expressão, visto que atentar contra a Administração Militar é abrangente, de sorte que engloba também o atentado ao serviço militar. Assim, deve-se compreender que o crime militar somente será reconhecido quando, de qualquer forma, afetar a Administração Militar, por exemplo, aviltando a fé pública de que seu funcionário goze, seu patrimônio, sua moralidade etc., o que ocorre, geralmente, quando o agente postula perante a Administração Militar ou altera documento utilizado em serviço. Constitui, nesse foco, crime de falsidade ideológica a conduta de policial militar que insere em boletim de ocorrência da Polícia Militar declaração falsa ou diversa da que deveria constar, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, atentando contra a Administração Militar (cf. TJMSP, Ap. Crim. 5.508/06, rel. Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior, j. em 30-4-2009).

• **Elemento subjetivo:** o crime de falsidade ideológica somente pode ser praticado a título de dolo, ou seja, deve haver a vontade livre e consciente de praticar a falsidade ideológica no documento, mas com a intenção de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante (elemento subjetivo especial do injusto, ou antigo dolo específico).

• **Consumação:** consuma-se o delito em estudo quando o documento é concluído, pois, mesmo que ele contenha informações falsas ou indevidas, enquanto não estiver concluso, não terá relevância jurídica, pois não poderá ser usado para nada. Assim, a Administração Militar só poderá passar a ser alvo desse ludíbrio se o documento já tiver sido concluído, mesmo porque, até seu fecho, o autor pode mudá-lo ou até mesmo destruí-lo, sem qualquer desdobramento.

• **Tentativa:** é possível neste delito, por exemplo, quando se “faz inserir”, caso em que o responsável pelo documento, apesar da conduta do autor, não o atende e o preenche de maneira correta. A forma omissiva própria, obviamente, não admite a tentativa.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, porquanto, ainda que o tipo penal militar

se aproxime da descrição típica prevista no art. 299 do Código Penal comum e no art. 332 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato atente contra a Administração ou o serviço militar.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

5.3. Cheque sem fundos

• **Tipo legal**

Art. 313. Emitir cheque sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, se a emissão é feita de militar em favor de militar, ou se o fato atenta contra a administração militar:

Pena – reclusão, até cinco anos.

Circunstância irrelevante

§ 1º Salvo o caso do art. 245, é irrelevante ter sido o cheque emitido para servir como título ou garantia de dívida.

Atenuação de pena

§ 2º Ao crime previsto no artigo aplica-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 240.

• **Objetividade jurídica:** é a administração militar, embora também se proteja subsidiariamente o patrimônio.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, militar da reserva ou reformado, como o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da

limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1790].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por sua administração.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "emitir" (lançar). O autor emite cheque que sabe não ter fundos (não há dinheiro na conta do emitente para se efetivar a compensação), decorrendo daí a falsidade; o delito só será militar se a conduta for praticada entre militares (tanto quem emitiu como quem recebeu) ou se a emissão do cheque em questão atentar (causar prejuízo) à administração militar.

O § 1º diz que haverá o delito em questão mesmo que o cheque sem provisão de fundos tenha sido emitido como título ou garantia de dívida, até porque a natureza jurídica dele é diversa (formalmente uma ordem de pagamento a vista), e se foi desnaturado pelo emitente, este assumiu o risco de a outra parte não agir conforme o que foi acertado à margem da lei; exceção a isso é o caso em que o cheque é objeto de chantagem (previsto no art. 245 do CPM).

No § 2º, o legislador estendeu ao delito de emissão de cheque sem fundos o benefício da minimização de pena e até a desclassificação do crime para transgressão disciplinar nos casos em que o réu for primário (sem condenação irrecorrível anterior) e a coisa for de pequeno valor, não superando 1/10 (um décimo) do mais alto salário mínimo vigente (hoje unificado no País), ou ainda ao réu primário (sem condenação irrecorrível anterior) que repara o dano ou devolve a *res* à vítima antes de instaurada a ação penal, ou seja, antes do recebimento da denúncia pelo juiz.

• **Elemento subjetivo:** é exclusivamente o dolo, a vontade livre e consciente de emitir o cheque sem suficiente provisão de fundos.

• **Consumação:** consuma-se o delito com a emissão, ou seja, com a entrega do cheque (desprovido de fundos).

• **Tentativa:** impossível, por ser delito instantâneo.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista na parte final do inciso IV do § 2º do art. 171 do Código Penal comum e no art. 335 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato atente contra a Administração Militar ou seja praticado de militar em desfavor de outro militar, ambos da ativa, nos termos do que dispõe o art. 22 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

5.4. Certidão ou atestado ideologicamente falso

• **Tipo legal**

Art. 314. Atestar ou certificar falsamente, em razão de função, ou profissão, fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo, posto ou função, ou isenção de ônus ou de serviço, ou qualquer outra vantagem, desde que o fato atente contra a administração ou serviço militar:

Pena – detenção, até dois anos.

Agravação de pena

Parágrafo único. A pena é agravada se o crime é praticado com o fim de lucro ou em prejuízo de terceiro.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo, desde que pratique o delito prevalecendo-se de sua função ou profissão, pode ser qualquer pessoa, tanto o

militar da ativa, federal ou estadual, como o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1791].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "atestar" (fazer atestado) ou "certificar" (fazer certidão). O autor, funcionário público, produz atestado ou certidão decorrente da função ou profissão que exerce; ocorre que nesse atestado ou certidão há afirmação falsa que confere a alguém alguma vantagem (econômica ou não), que pode ser, entre outras, a obtenção de cargo, posto (promoção) ou função ou isenção de ônus (obrigação) ou de serviço (sair da escala regular de serviço); seja qual for a vantagem que a falsidade proporcionar, o que é indispensável é que traga prejuízo à administração militar para que se caracterize o presente delito.

Em relação à diferença entre atestado e certidão, ensina Damásio E. de Jesus[1792] que "reside em que a certidão tem por fundamento um documento guardado em repartição pública (ou nela em tramitação), enquanto o atestado constitui um testemunho ou depoimento por escrito do funcionário público (na hipótese do tipo) sobre um fato ou circunstância".

A título de comparação, o delito em estudo é uma particularização da falsidade ideológica, uma vez que o documento em que consta a falsidade é um atestado ou uma certidão.

O parágrafo único prevê aumento de pena se o dolo do agente na produção da certidão ou do atestado falso for a obtenção de lucro (vantagem econômica) ou o prejuízo de terceiro (seja de que espécie for).

• **Elemento subjetivo:** é somente o dolo, a vontade livre e consciente de atestar ou certificar falsamente; entretanto, a falsidade tem o fim de habilitar alguém a obter cargo, posto ou função, ou isentá-lo de ônus ou de serviço, ou qualquer outra vantagem, o que torna o dolo específico.

• **Consumação:** o delito se consuma com a conclusão do atestado ou da certidão.

• **Tentativa:** não admite, pois é crime instantâneo.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 301 do Código Penal comum e no art. 338 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato atente contra a administração ou o serviço militar.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

5.5. Uso de documento falso

• **Tipo legal**

Art. 315. Fazer uso de qualquer dos documentos falsificados ou alterados por outrem, a que se referem os artigos anteriores:

Pena – a cominada à falsificação ou à alteração.

• **Objetividade jurídica:** é a administração militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, militar da reserva ou reformado, como o civil, este último restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1793].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "fazer" (uso), ou seja, "usar". O autor usa documento que é fruto de falsificação (art. 311 do CPM), falsidade ideológica (art. 312 do CPM), atestado ou certidão falsa (art. 314 do CPM) como se verdadeiro fosse, seja em juízo ou não. É necessário, para que se caracterize o delito, que o documento seja apresentado pelo autor como objeto de prova, ou seja, usado para o fim a que se dispõe, pois, se o autor promover a falsidade e ficar, tão somente, apresentando o documento para autopromoção, não haverá lesão à objetividade jurídica, uma vez que ele não iludiu a Administração Militar e, portanto, sucumbirá a tipicidade.

Conforme vimos nos comentários ao art. 311, para a definição de documento, existem duas teorias: a *teoria estrita* (ou *formalista*) e a *teoria ampla*.

A *teoria estrita,* "adotada, em 1947, pela Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal, em Bruxelas, definindo especificamente a falsidade documental, afirma ser esta a 'alteração da verdade levada a efeito com a intenção de prejudicar, em um escrito destinado ou apto a servir de prova de um direito ou de um fato com efeitos jurídicos'"**[1794]**. Conclui-se, portanto, que, por essa teoria, embora não precise o documento tratar-se de papel, deve, por outro bordo, tratar-se de escrito.

Em sentido diverso, encontra-se a *teoria ampla*, segundo a qual, o documento objeto da falsidade não carece ser escrito, podendo ser, pela exigência da modernidade, fitas taquigráficas, películas fotográficas, fitas ou discos videofonográficos e outros suportes propiciados para condensar o raciocínio humano**[1795]**.

Avaliadas as duas teorias, entendemos que, no Código Penal Militar, por influência do § 2º do art. 311 (*Equipara-se a documento, para os efeitos penais, o disco fonográfico ou a fita ou fio de aparelho eletromagnético a que se incorpore declaração destinada à prova de fato juridicamente relevante*), claramente foi adotada a *teoria ampla*, que deve ainda ser somada ao disposto no art. 371 do Código de Processo Penal Militar, segundo o qual documentos são quaisquer escritos, instrumentos ou papéis. Dessa forma, "documento" para o Código Penal Militar significa qualquer superfície apta a condensar, por escrito ou qualquer outra forma (imagem, sinais, códigos etc.), o pensamento humano.

Claro que, para os fins exigidos pelo tipo penal em estudo, em alinho à objetividade jurídica, o conteúdo desse pensamento humano condensado deve possuir relevância jurídica, criando, extinguindo, ampliando ou restringindo direito.

Por outro enfoque, não se deve considerar documento apto a preencher o tipo penal em comento a superfície que não seja apta a conservar a informação por um tempo significativo, que não tenha a identificação de seu autor (anônimo) ou que não possua eficácia probatória, ou seja, deve ser um instrumento cujo conteúdo sirva como prova.

A responsabilização caberá àquele que apenas fez uso do documento falso ou alterado, pois se o agente o produzir e o usar (duas condutas), responderá somente pela produção, sendo o uso considerado desdobramento (pós-fato) não punível.

• **Elemento subjetivo:** somente o dolo, a vontade livre e consciente de usar o documento falso.

• **Consumação:** o delito se consuma com a apresentação do documento a alguém como meio de prova.

• **Tentativa:** é inadmissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 304 do Código Penal comum e no art. 340 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que – indiretamente, já que se refere aos artigos anteriores –, o fato atente contra a Administração ou o serviço militar.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do

CPM.

5.6. Supressão de documento

- **Tipo legal**

Art. 316. Destruir, suprimir ou ocultar, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, documento verdadeiro, de que não podia dispor, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, se o documento é público; reclusão, até cinco anos, se o documento é particular.

- **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

- **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, militar da reserva ou reformado, como o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1796]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

- **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "destruir" (acabar, eliminar, extinguir total ou parcialmente), "suprimir" (tirar, subtrair do local onde deveria estar) ou "ocultar" (esconder). O autor destrói, suprime ou oculta documento (público ou particular) verdadeiro que não estava a sua disposição; ocorre que essa ação é movida pelo interesse do autor em beneficiar pessoalmente ou a terceiro, ou causar prejuízo a terceiro.

- **Elemento subjetivo:** é o dolo específico, uma vez que o autor tem a vontade livre e consciente de destruir, suprimir ou ocultar documento com o fim de alcançar benefício para si ou para terceiro, ou prejuízo a outrem.

- **Consumação:** o delito se consuma com a destruição, supressão ou ocultação do documento.

• **Tentativa:** admite-se.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 305 do Código Penal comum e no art. 341 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato atente contra a Administração ou o serviço militar.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

5.7. Uso de documento pessoal alheio

• **Tipo legal**

Art. 317. Usar, como próprio, documento de identidade alheia, ou de qualquer licença ou privilégio em favor de outrem, ou ceder a outrem documento próprio da mesma natureza, para que dele se utilize, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar:

Pena – detenção, até seis meses, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** é a administração militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, militar da reserva ou reformado, como o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da

CF)[1797].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "usar" e o objeto do delito, o documento de identidade alheia, ou seja, documento que permita oficialmente identificar a pessoa, documento verdadeiro que, entretanto, não pertence ao autor; ocorre que o autor usa desse expediente atentando contra a Administração Militar. A mesma imputação recai sobre aquele que cede o documento, mesmo porque atenta, tanto quanto o outro, contra a Administração Militar; equipara-se ao documento de identidade qualquer licença (como exemplo, a permissão de entrada a determinada base militar) ou privilégio (p. ex., autorização para poder estacionar seu veículo em determinada instalação militar). Qualquer das condutas só sustentará a ilicitude se atentar, ofender, prejudicar, importunar a Administração Militar. Este crime é de falsidade, como prevê o capítulo, a qual reside no fato de uma pessoa se fazer passar por outra e, para tal, apresentar documento. É pertinente lembrar que a falsificação grosseira, crassa, não tem o condão de iludir a administração e, portanto, não caracteriza o delito.

• **Elemento subjetivo:** aceita somente o dolo, a vontade livre e consciente de praticar a conduta indevida.

• **Consumação:** o delito se consuma com o uso do documento, licença ou privilégio, ou seja, com a apresentação dele para a Administração Militar com o intuito de iludi-la.

• **Tentativa:** inadmissível, por ser delito de mera conduta.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 308 do Código Penal comum e no art. 344 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que

pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato atente contra a administração ou o serviço militar.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

5.8. Falsa identidade

• **Tipo legal**

Art. 318. Atribuir-se, ou a terceiro, perante a administração militar, falsa identidade, para obter vantagem em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** é a administração militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, militar da reserva ou reformado, como o civil, este último restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1798]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "atribuir" (imputar, conferir). O autor atribui a si ou a terceiro identidade falsa, diz-se ser ou diz que terceiro é quem realmente não é, perante a Administração Militar. Identidade é o conjunto de caracteres que individualizam uma pessoa, ou seja, nome, sexo, idade, filiação, naturalidade, nacionalidade, cor da pele, olhos e cabelos, altura, compleição física, número do documento de identificação etc. O autor

apresenta--se ou apresenta terceiro, por meio de uma informação de identificação falsa, à Administração Militar escondendo a real identidade (sua ou de outrem) com o intuito de obter vantagem (de qualquer ordem para si ou para terceiro) ou de prejudicar alguém; neste delito, o autor não se utiliza de documento falso para seu intento, pois, se assim fosse, estaríamos diante do delito de uso de documento falso (art. 315 do CPM), mas apenas afirma, convence, diz ser, ou que terceiro é, quem não é.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo específico, pois o autor tem a vontade livre e consciente de atribuir a si ou a terceiro falsa identidade, com a intenção direcionada a vantagem ou prejuízo de alguém.

• **Consumação:** o delito se consuma no momento em que o autor atribui a si ou a terceiro, diante da administração militar, a falsa identidade (qualquer quesito de individualização).

• **Tentativa:** não admite, se realizada verbalmente, pois é delito de mera conduta; admite, entretanto, se o meio usado for outro e não chegar à Administração Militar por circunstâncias alheias à vontade do autor.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 307 do Código Penal comum e no art. 343 do Código Penal comum de 1969 – Decreto--Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato se dê perante a Administração Militar.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6. DOS CRIMES CONTRA O DEVER FUNCIONAL

6.1. Prevaricação

• **Tipo legal**

Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra expressa disposição de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de prevaricação tem por objeto jurídico a Administração Militar, guardando sua moralidade, sua ordem administrativa.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser classificado como próprio, ou seja, exige-se a qualidade especial de funcionário público (*intraneus*), devendo-se utilizar por parâmetro, na ausência da lei penal militar, o art. 327 do Código Penal comum, para a prática do delito. No entanto, esse funcionário público não precisa ser militar; pode ser um funcionário civil atuando na Administração Militar, o que, na dicotomia entre crime propriamente militar e crime impropriamente militar, leva-nos a classificá-lo como crime impropriamente militar, pois pode ser perpetrado por alguém que não seja militar, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1799].

Como o crime em foco exige a relação da conduta com a função pública, obviamente, exclui-se da sujeição ativa o militar inativo, exceto se em concurso de pessoas (§ 1º do art. 53 do CPM) ou se estiver exercendo função em razão de estar sendo empregado regularmente na Administração Militar, nos termos do art. 12 do CPM.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada.

• **Elementos objetivos:** o tipo penal em estudo tem como núcleos as condutas "retardar", "deixar de praticar" ou "praticar".

Retardar significa postergar, prolongar, estender a prática de ato que compete ao agente além do necessário. *Deixar de praticar*, evidentemente, significa abster-se, não praticar o ato de ofício, consubstanciando-se em conduta omissiva própria. Finalmente, *praticar*, óbvio, significa atuar, fazer, executar, colocar em marcha o ato de ofício, porém com lesão à previsão legal. Pelo que se percebe a prevaricação é delito comissivo (*in committendo*), sob a forma *praticar*, mas também omissivo (*in committendo*), sob as formas *retardar* ou *deixar de praticar*.

Em todas as formas enumeradas menciona-se *ato de ofício*, ou seja, "todo aquele que se encontra na esfera de atribuição do agente que pratica qualquer dos comportamentos típicos"**[1800]**. Encontra-se na prática de ato de ofício, por exemplo, o militar do Estado que, na preservação da ordem pública, tem a incumbência de atuar diante de uma situação de flagrância, incorrendo no delito em estudo se deixar de efetivá-la quando deveria, se postergá-la além do necessário ou se a efetivar contrariando comando legal. Mas todas essas condutas, frise-se bem, além de indevidas – entenda-se, ilegais –, devem ser direcionadas para a satisfação de interesse ou de sentimento pessoal. Nesse contexto, constitui delito de prevaricação a conduta do "policial militar que, para satisfazer sentimento pessoal, determina o cancelamento de auto de infração de trânsito lavrado em desfavor de amigo" (TJMSP, Ap. Crim. 5.917/08, Feito n. 45.717/06, 4ª Auditoria, rel. Juiz Paulo A. Casseb, j. em 27-4-2010), ou a conduta do Policial Militar que, no desempenho de suas atribuições funcionais, deixa de executar medidas legais movido pelo sentimento de coleguismo, estando presente "o elemento subjetivo de dolo específico, configurado no ânimo de deixar de praticar ato de ofício, e o elemento subjetivo do tipo, pela satisfação de sentimento pessoal" (TJMSP, Ap. Crim. 5.719/07, Feito n. 43.499/05, 4ª Auditoria, rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho, j. em 11-3-2008).

Deve-se alertar muito para a questão de a prevaricação não poder ser reconhecida quando a inação, retardamento ou mesmo a prática indevida do ato de ofício tem por escopo o exercício de um direito, como aquele evidenciado

pelo brocardo *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o reconhecimento de que ninguém é obrigado a produzir prova que o incrimine.

Nesse sentido, bem expõe Mirabete: "Já se tem considerado, porém, que não ocorre o delito quando o fato pode incriminar o sujeito ativo do crime, aplicando-se o princípio *nemo tenetur se detegere*. Também não se tem por caracterizado o crime quando houver mera negligência, desídia, desleixo, indolência ou preguiça"**[1801]**.

Concordamos plenamente com as lições do saudoso professor, e acrescentamos que não ocorre o delito apenas no caso de autoincriminação, mas também em relação a ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. Essa conclusão surge da análise do disposto no § 2º do art. 296 do Código de Processo Penal Militar, *in verbis*: "Ninguém está obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão".

Ora, se a não produção de provas contra irmão, ascendente etc. é direito do acusado no processo penal militar, de certo, afasta a ilicitude indicada por um fato subsumido no tipo penal do art. 319 do Código Penal Militar. Mas ainda é possível sustentar que sequer haverá fato típico, posto que, se é um direito a não produção de prova, de certo não se constitui em lesão a dever de ofício, afastando-se a própria tipicidade. Por essa previsão, não se constitui em prevaricação, por exemplo, a conduta de uma policial militar que não executa a prisão de seu marido, ainda que sabedora de sua atividade criminosa.

• **Elemento subjetivo:** o elemento subjetivo no delito de prevaricação é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de retardar, não praticar ou praticar ato de ofício contrário à lei, mas com a qualificação de que essa conduta deve ser desenvolvida com o fim de satisfazer interesse ou sentimento pessoal (dolo específico ou elemento subjetivo especial do injusto).

"*Interesse pessoal* é a relação de reciprocidade entre um indivíduo e um objeto que corresponde a determinada necessidade daquele; é um estado anímico em relação a qualquer fato ou objeto, seja patrimonial, material ou moral"**[1802]**. Assim, o interesse pessoal pode-se caracterizar por qualquer vantagem almejada pelo autor do fato, como autopromoção, obtenção de uma

transferência, eximir-se de responsabilidade em outro fato etc. Deve-se reconhecer o crime em estudo, por exemplo, na situação em que um militar do Estado deixa de apreender substância entorpecente para, posteriormente, consumi-la, ou no caso de oficial encarregado de inquérito policial militar que, na condução do feito, deixa de alegar de ofício sua suspeição, nos termos do art. 142**[1803]** c/c a alínea *b* do art. 38**[1804]** do Código de Processo Penal Militar, pelo fato de, por exemplo, ter interesse na questão por estar respondendo a inquérito policial militar ou a processo penal militar por fato análogo.

"*Sentimento* é um estado afetivo ou emocional, decorrente, pois, de uma paixão ou emoção (amor, ódio, piedade, avareza, cupidez, despeito, desejo de vingança, subserviência, animosidade, simpatia, benevolência, caridade etc.)"**[1805]**, sendo indiferente ao tipo penal a natureza do sentimento, que pode ser caracterizado como social ou antissocial, imoral ou moral, nobre ou torpe etc. Configura-se o crime, por exemplo, como acima apontado, a prática das condutas nucleares por coleguismo, ou ainda o médico militar que retarda expedição de inspeção de saúde para satisfazer o seu sentimento de raiva em relação ao inspecionado, com o intuito de prejudicá-lo, o militar que deixa de tomar providências de ofício para beneficiar superior**[1806]**.

Entendemos que este elemento deve ser bem demonstrado no inquérito policial militar e bem delimitado na denúncia. Nesse sentido, *vide*, do Supremo Tribunal Federal o *Habeas Corpus* n. 85.180-1/RJ, julgado pela Segunda Turma, em 22 de novembro de 2005, sob relatoria do Ministro Carlos Velloso:

"Penal. *Habeas corpus*. Ação penal. Crime de prevaricação imputado a delegado de polícia federal. Denúncia. Inépcia.

I. É inepta a denúncia por prevaricação que não indica concretamente o interesse ou sentimento pessoal que moveu o agente público.

II. HC deferido para trancar a ação penal".

• **Consumação:** o delito de prevaricação se consuma quando o autor deixa de praticar o que deveria fazer por força de seu ofício, ou ainda quando consuma o ato após o termo final que lhe foi imposto ou quando o realiza no prazo, mas de forma indevida.

• **Tentativa:** é possível na forma comissiva (*praticar*), mas impossível nas modalidades omissivas (*retardar* ou *deixar de praticar*).

Nesse sentido, não constitui prevaricação tentada, por exemplo, o simples retardamento de ato de ofício de policial militar que, ao atender ocorrência de trânsito, reluta em conduzir o infrator, colega de farda, ao Distrito Policial, cumprindo, contudo, ao final, a determinação legal (TJMSP, Ap. Crim. 5.543/06, Feito n. 41.314/05, 4ª Auditoria, rel. Juiz Paulo Prazak, j. em 22-5-2007).

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar ou não militar, desde que em razão de função pública, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, especialmente na alínea *e*, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais, ou seja, no art. 319 do Código Penal comum (assim como no art. 358 do Código Penal comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e no art. 319 do CPM. Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.2. Violação do dever funcional com o fim de lucro

• **Tipo legal**

Art. 320. Violar, em qualquer negócio de que tenha sido incumbido pela administração militar, seu dever funcional para obter especulativamente vantagem pessoal, para si ou para outrem:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, ou mesmo, no desempenho de função pública, o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1807]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é “violar”, macular, ferir, desobedecer preceito legal decorrente do cargo e/ou função que ocupa; ressalte-se que tal desrespeito legal tem objetivo certo, que é a intenção de obter vantagem pessoal por meio de especulação; para a caracterização do delito é necessário que o autor esteja incumbido de atividade que lhe tenha sido designada pela administração militar; o legislador não define o tipo de vantagem, mas, em vista de ser promovida pela especulação, é mais provável que seja de ordem econômica, apesar de, como dito, não ter sido delimitada; considerando, enfim, o nome do crime dado pelo legislador penal militar ao tipo sob exame, a vantagem só pode ser econômica.

A vantagem tanto pode ser para o autor como para terceiro, mas é imprescindível que exista; não é necessário que seja alcançada (exaurimento), mas tão somente que haja essa possibilidade. Poderia ser o caso de militar envolvido na confecção de edital de processo licitatório que divulgasse informação capaz de criar especulação sobre o preço do material a ser licitado.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo específico, pois se pratica a violação com o fim de obter vantagem.

• **Consumação:** o delito se consuma com a violação do dever funcional promovida pela ação indevida (praticou o ato em desconformidade com o ordenamento jurídico), pela omissão (quando se tinha o dever legal de praticar o ato) ou pelo retardamento (quando se ultrapassa o termo final para conclusão do trabalho dado pela Administração Militar) do ato de ofício.

• **Tentativa:** impossível na omissão e no retardamento, mas possível na comissão.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar e por não militar, bastando que esteja em função pública, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há tipificação substancialmente idêntica nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.3. Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento

• **Tipo legal**

Art. 321. Extraviar livro oficial, ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo, sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, ou mesmo, no desempenho de função pública, o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1808]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** os núcleos das condutas são "extraviar" (dar destino diverso, descaminho), "sonegar" (negar acesso) ou "inutilizar" (tirar a utilidade, fazer com que a coisa não mais se preste ao fim para o qual ela existe). O autor extravia, sonega ou inutiliza qualquer documento (inclui-se aqui o livro), no todo ou em parte, de que tem a guarda (responsabilidade) em razão do cargo.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de extraviar, sonegar ou inutilizar documento oficial sob sua responsabilidade por dever de ofício.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor extravia, sonega ou inutiliza, total ou parcialmente, o documento.

• **Tentativa:** é admissível no caso do extravio e da inutilização, sendo impossível na sonegação por se tratar de delito de mera conduta.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar ou não militar, desde que em razão de função pública, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, especialmente na alínea *e*, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais, ou seja, no art. 314 do Código Penal comum (assim como no art. 352 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e no art. 321 do CPM. Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.4. Condescendência criminosa

• **Tipo legal**

Art. 322. Deixar de responsabilizar subordinado que comete infração no exercício do cargo, ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente:

Pena – se o fato foi praticado por indulgência, detenção até seis meses; se por negligência, detenção até três meses.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de condescendência criminosa tem por objeto jurídico a Administração Militar, guardando sua moralidade, sua ordem administrativa.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser classificado como próprio, ou seja, exige-se a qualidade especial de funcionário público, devendo-se utilizar por parâmetro, na ausência da lei penal militar, o art. 327 do Código Penal comum, para a prática do delito. No entanto, esse funcionário público não precisa ser militar; pode ser um funcionário civil atuando na Administração Militar, o que, na dicotomia entre crime propriamente militar e crime impropriamente militar, leva-nos a classificá-lo como crime impropriamente militar, pois pode ser perpetrado por alguém que não seja militar, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1809]**.

Como o crime em foco exige a relação da conduta com a função pública, obviamente, exclui-se da sujeição ativa o militar inativo, exceto se em concurso de pessoas (§ 1º do art. 53 do CPM) ou se estiver exercendo função em razão de estar sendo empregado regularmente na Administração Militar, nos termos do art. 12 do CPM.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada.

• **Elementos objetivos:** o tipo penal do crime de condescendência criminosa possui por núcleos as condutas “deixar de responsabilizar” e “não levar”, significando a primeira que o sujeito ativo, que tem a capacidade legal de punir seu subordinado, não o faz, havendo uma relação de superioridade hierárquica entre o sujeito ativo e o funcionário não responsabilizado, e, na

segunda possibilidade, não possuindo competência legal para responsabilizar, deixa de levar o fato ao conhecimento de quem o teria, neste caso podendo haver relação de superioridade hierárquica ou simplesmente uma paridade hierárquica.

Como bem se sabe, na Administração Pública, os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade exigem a responsabilização de todo aquele que, integrando os quadros do funcionalismo público, apresente desvio de conduta. Mais ainda, o dever de lealdade para com a Administração, demanda que um funcionário público que não possua atribuição legal para responsabilizar, leve o fato a quem a possua, gerando uma espécie de delação necessária, uma ob-rogação de delatar, em nome dos mesmos princípios já enumerados. Ao não atender a esses comandos, aquele que se quedou inerte poderá, em face de outros elementos a serem constatados, responder pelo delito em foco.

Necessário frisar que a conduta a ser responsabilizada deve ser praticada no exercício do cargo, ou seja, não pode a conduta, embora ilícita, ser praticada fora da função pública. À guisa de exemplo, cometerá este delito o superior hierárquico que, tendo atribuição legal (competência), deixa de punir o subordinado, por indulgência ou negligência, que no exercício de sua função trabalhou mal ao liberar os envolvidos em uma ocorrência policial sem efetuar os registros necessários; não cometerá o delito, por outro bordo, o superior hierárquico com competência disciplinar que deixe de responsabilizar seu subordinado que tenha praticado transgressão disciplinar de folga, fora de sua atuação funcional, podendo, no entanto, responder por outro delito, a exemplo da prevaricação (art. 319 do CPM). Nesse sentido, do Superior Tribunal Militar, *vide* o Recurso Criminal n. 2002.01.006971-8/PA, julgado em 20 de junho de 2002, sob relatoria do Ministro José Luiz Lopes da Silva:

"*EMENTA*. RECURSO CRIMINAL. SEPARAÇÃO DE PROCESSOS. NULIDADE DO ATO. CONDESCENDÊNCIA CRIMINOSA. ATIPICIDADE. *HABEAS CORPUS*, DE OFÍCIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. É nulo o ato do Juiz que determina a separação do processo sem ouvir as partes envolvidas. Princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa não atendido (CF – art. 5º, LV).

2. Superior denunciado por condescendência criminosa por haver determinado o arquivamento de sindicância ao invés de determinar a abertura de IPM. Para a existência de condescendência criminosa é necessário que o superior *deixe de responsabilizar o subordinado que comete infração no exercício do cargo* (CPM – art. 322). Deixar de responsabilizar significa não apurar, ser omisso, por indulgência, clemência ou negligência. No presente caso, o superior, ao tomar conhecimento de fatos cometidos por subordinados, que poderiam vir a ser classificados como crime ou infração disciplinar, determinou a abertura de sindicância. Não foi omisso. Acrescente-se, que após o término da investigação, o sindicante não vislumbrou a existência de indícios de crime ou de infração disciplinar, o mesmo ocorrendo com o encarregado do IPM, instaurado posteriormente a requerimento do Ministério Público Militar. E o superior determinou o arquivamento da sindicância, por também não vislumbrar o cometimento de infração, não podendo ser-lhe aferido o cometimento do delito, pelo seu entendimento. Condescendência criminosa não caracterizada, por ausência de tipicidade.

3. Recurso, de ofício, da Juíza-Auditora conhecido e deferido, para considerar nula a decisão que separou os processos, por afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

4. *Habeas Corpus*, de ofício, concedido, para trancar a ação penal referente ao superior denunciado por condescendência criminosa, por atipicidade.

5. Decisão unânime".

A conduta ilícita não responsabilizada, ademais, pode ser de qualquer natureza, ou seja, de natureza penal ou simplesmente administrativa, pois trata-se aqui de um conceito amplo de infração. A natureza da responsabilização exigida, portamto, também possui concepção ampla, ou seja, a inação não se limita à ausência de responsabilização disciplinar (deixar de instaurar processo administrativo, p. ex.), mas também comporta a ausência de responsabilização criminal, claro, na esfera de atribuição do superior, por exemplo, a não instauração de inquérito policial militar.

Por outro enfoque, se houver absolvição no que respeita à conduta que

deveria pretensamente ser responsabilizada – ou outra providência indicadora de que o agente que deveria ser responsabilizado não praticou efetivamente conduta ilícita, a exemplo de arquivamento de inquérito policial militar por promoção do Ministério Público, arquivamento de processo administrativo posteriormente instaurado etc. –, tem-se decidido, com muito acerto, não haver configuração de condescendência criminosa. Nessa linha, o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n. 6.103/09 (Feito n. 49.991/08, 1ª Auditoria, j. em 27-4-2010, rel. Juiz Paulo A. Casseb):

"Compete ao juiz de direito, singularmente, julgar os crimes militares em que a vítima seja civil. No julgamento realizado pelo Conselho de Justiça, a ordem de votação inicia-se pelo Juiz de direito, seguido dos Juízes militares, em ordem inversa de antiguidade. Pode o Juiz da causa, fundamentadamente, indeferir diligências que repute meramente procrastinatórias. Absolve-se o policial militar acusado de lesão leve por insuficiência de provas para a condenação, e não por haver prova da inexistência do fato, se, embora a materialidade do crime esteja provada, haja apenas indícios de autoria, evidenciando-se o juízo de dúvida. *Absolve-se da imputação de condescendência criminosa, por não constituir o fato infração penal, o policial militar acusado de deixar de levar ao conhecimento de autoridade competente infração cometida por miliciano absolvido da imputação no juízo criminal*". (g. n.)

• **Elemento subjetivo:** diferentemente do Código Penal comum (art. 320), com base no preceito secundário, verifica-se que a condescendência criminosa no Código Penal Militar é punida a título de dolo, ou seja, vontade livre e consciente de se omitir, em face de infração de subordinado, por indulgência (clemência, piedade, pena etc.), ou a título de culpa, exclusivamente na modalidade negligência (desleixo, descuido).

Na modalidade dolosa, note-se, o elemento subjetivo poderá ser fundamental na definição do delito diante de um aparente conflito de normas, visto que, se a inação for por indulgência, teremos o delito ora estudado, mas se for motivada pela aceitação de promessa de uma vantagem indevida, poderá estar configurada a corrupção passiva (art. 308 do CPM), ou, se motivada para satisfazer sentimento ou interesse pessoal de outra ordem, poderá haver a

configuração do crime de prevaricação (art. 319 do CPM).

• **Consumação:** não há na lei penal militar, é preciso anotar, o estabelecimento de prazo após o qual a inação estará caracterizada, de sorte que, pressupondo que a responsabilização deva ser imediata, como inspiram os regulamentos disciplinares, a omissão de conduta instantaneamente configura, em regra, o delito. No entanto, é necessário admitir, torna-se difícil a prova da conduta senão quando se percebe que já decorreu algum tempo, a revelar a intenção de não agir por dolo ou a evidente inação por desleixo.

Claro que, havendo, por outra norma, prazo legal para a instauração de processo ou procedimento que gere a responsabilização, ou, ainda, para a adoção de providências, a consumação se dará após o curso desse prazo sem que tenha havido sua instauração.

• **Tentativa:** não se admite neste crime, pois constitui delito omissivo próprio.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar ou não militar, desde que em razão de função pública, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, especialmente na alínea *e*, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais, ou seja, no art. 320 do Código Penal comum (assim como no art. 361 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e no art. 322 do CPM. Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.5. Não inclusão de nome em lista

• **Tipo legal**

Art. 323. Deixar, no exercício de função, de incluir, por negligência, qualquer nome em relação ou lista para o efeito de alistamento ou de convocação militar:

Pena – detenção, até seis meses.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1810]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "deixar"; portanto, conduta omissiva. O autor deixa de incluir nome em lista, em processo de alistamento ou convocação militar; a lista só pode estar relacionada a um desses dois processos, pois, caso contrário, haverá atipicidade para essa previsão. É pertinente lembrar aqui os ensinamentos do Professor Jorge César de Assis**[1811]**: o "*alistamento está relacionado com a seleção ou regularização da situação militar do brasileiro, que deve apresentar-se, no ano em que completar 18 anos de idade, independentemente de editais, avisos ou notificações, em local e época que forem fixados (Lei do Serviço Militar, artigo 13, parágrafo único)".* Já a "*convocação é o chamamento anual daqueles que irão prestar o serviço militar inicial nas Forças Armadas (Lei n. 4.375/64, artigo 16)".* Assim, não há falar neste delito para as Instituições Militares dos Estados e Distrito Federal.

Destaque-se que o autor está sendo responsabilizado por omissão decorrente de negligência, ou seja, por descuido, ele falhou e não arrolou nome em lista da qual deveria constar, lista essa de convocados ou de alistados.

• **Elemento subjetivo:** é a culpa, exclusivamente na modalidade "negligência".

• **Consumação:** o delito se consuma com a apresentação da lista ou relação de alistados ou convocados em que falta o nome de alguém que lá deveria constar.

• **Tentativa:** impossível, pois é delito omissivo.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar e por não militar, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.6. Inobservância de lei, regulamento ou instrução

• **Tipo legal**

Art. 324. Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar:

Pena – se o fato foi praticado por tolerância, detenção até seis meses; se por negligência, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de três meses a um ano.

Antes de passarmos à análise típica deste artigo, precisamos lembrar que, na visão de alguns, inclusive na nossa, o tipo penal em questão é inconstitucional, não está em conformidade com os postulados democráticos do Direito Penal da atualidade, sobretudo no que se refere à compreensão que se tem acerca do princípio da legalidade.

Nas já citadas lições do saudoso Luiz Luisi**[1812]**, o *princípio da legalidade*, em vertente contemporânea, desdobra-se em três postulados, a saber: reserva legal, determinação taxativa e irretroatividade.

No que concerne à reserva legal, impõe-se o entendimento de que somente a lei pode comportar condutas puníveis em âmbito penal, lei aqui compreendida como vontade do legislador, representante legítimo que é do povo para descobrir os bens jurídico-penais a serem tutelados.

A taxatividade, ou determinação taxativa, por seu turno, exige uma técnica toda especial do legislador ao consagrar os tipos penais. Essa técnica se evidencia pela construção de tipos abstratos dotados de clareza, certeza e precisão, evitando-se, pois, expressões e palavras vagas e ambíguas.

A irretroatividade, por fim, é, sem dúvida, como assinala o autor, complemento da reserva legal, porquanto exige a atualidade da lei para que possa surtir consequências. Em outras palavras, a lei penal, em regra, pode alcançar tão só fatos a ela supervenientes.

À argumentação em espécie interessa particularmente a taxatividade.

Acerca dessa vertente da legalidade, em adição ao que postulou Luisi, Mariângela Magalhães Gomes, com peculiar brilhantismo, sustenta:

“Com relação aos tipos legais de crime, previstos na parte especial do código e na legislação especial, consistem na descrição de comportamentos humanos valorados negativamente pelo legislador, que indicam aquelas ações que não devem ser praticadas pelo cidadão, sob a ameaça de sanção penal.

Significa dizer que devem ser predeterminadas as hipóteses em que um fato é considerado delito, sendo que, para tanto, faz-se necessária uma descrição particularizada de seus elementos objetivos e subjetivos, assim como o prévio estabelecimento dos tipos penais aplicáveis a cada caso específico e, também, de seu respectivo conteúdo aflitivo.

A garantia de que só serão punidos criminalmente aqueles comportamentos que se amoldarem à descrição legislativa do que se proíbe constitui, por sua vez, a garantia de que o princípio da taxatividade cumprirá sua função de

restringir o âmbito de atuação do direito penal apenas àquilo que está expresso na lei, e, também, de possibilitar ao destinatário da norma o prévio conhecimento do que está legalmente disciplinado. A tipicidade relaciona-se com a proibição de que seja aplicada determinada disposição legal (taxativa) a casos concretos não perfeitamente correspondentes à figura abstrata ou legal, uma vez que, em tese, o ordenamento poderia contemplar o princípio da taxatividade no momento em que define o comportamento proibido, sem que isso significasse impedir a aplicação analógica de seus preceitos.

Essa constatação de que exigir do legislador uma minuciosa descrição do que se proíbe não implica, necessariamente, que o aplicador da lei esteja proibido de usar a analogia na interpretação do direito propiciou, na doutrina italiana, a frequente diferenciação entre determinação (*determinatezza*) e taxatividade (*tassatività*), uma vez que a primeira estaria relacionada ao modo de formulação da norma, resolvendo-se num requisito interno a ela, ao passo que a segunda seria uma projeção externa em razão da qual é excluída a aplicação analógica por parte do juiz, impedindo que o tipo abarque fatos não contidos na sua dimensão abstrata. Entre nós, Luiz Luisi adota a denominação 'determinação taxativa' para se referir à exigência de precisão das normas penais, englobando esses dois aspectos"**[1813]**.

Assim, elegemos como premissa nossa conclusão de que o tipo penal em foco constitui norma penal muito "porosa", muito aberta, quase configurando um crime vago, em que qualquer conduta pode amoldar-se, circunstância que fere o princípio da legalidade, por não haver um mínimo de exatidão na descrição típica.

Chegar atrasado, por exemplo, hoje cediçamente uma simples transgressão disciplinar, pela aplicação desmedida do tipo incriminador em discussão, poderia ganhar contornos penais militares, o que, convenhamos, seria absurdo.

Pela visão exposta, deve-se entender que o tipo penal em debate é inaplicável, significando perigosa possibilidade de lesão ao princípio da legalidade, que, como já advertiu Bitencourt, "constitui uma verdadeira limitação do poder punitivo estatal"**[1814]**.

Todavia, como sabemos que há posicionamentos diversos do nosso, ou

seja, há operadores que entendem o art. 324, em comento, perfeitamente constitucional, analisaremos o tipo em questão com seus elementos constitutivos, apenas para tornar completo o trabalho adotado nesta obra.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto, no desempenho de função, o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1815]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é “deixar”; portanto, conduta omissiva. O autor deixa de observar, de cumprir, quando investido de função decorrente de cargo público, preceito legal. Ressalta-se que o preceito deve estar contido em lei, regulamento ou instrução, sendo, portanto, uma norma penal em branco; entendemos que se o preceito estiver contido em normas que não as referidas (portaria, regimento interno, manuais etc.), haverá atipicidade em vista da interpretação em questão penal ser restritiva. Não poderia ser recepcionado em sentido amplo porque, se assim fosse, o legislador não se preocuparia em mencionar três modalidades distintas (lei, regulamento e instrução). A omissão do funcionário, obrigatoriamente, deve lesar o bem jurídico tutelado, ou seja, prejudicar a administração militar, além do que esse é um dos elementos do tipo penal sob exame. A jurisprudência indica, como exemplo, militares que, deixando de observar regras afins, utilizam veículos oficiais para satisfação de interesses próprios, prejudicando o Estado, seja em decorrência do gasto da viatura (combustível, pneus, óleo, desgaste de uso), seja por não poder usar aquele veículo em missão oficial por estar sendo indevidamente empregado. Aqui se invoca a mesma discussão suscitada na desobediência, ou seja, a partir de que ponto o descumprimento de uma norma legal deixa de ser tão somente uma transgressão disciplinar e passa a ser também um delito castrense; o termômetro aqui é dado pelo próprio tipo ao exigir a mácula, o efetivo prejuízo à administração militar, uma vez que somente com sua superveniência é que haverá crime.

• **Elemento subjetivo:** o tipo em questão admite o dolo quando pune o delito praticado por tolerância; essa expressão implica condescendência, aceitação, mesmo que não querida (dolo eventual), da conduta; pune-se também, mas com menor rigor, a culpa, exclusivamente na modalidade "negligência", mencionada na previsão de pena do delito.

• **Consumação:** o delito se consuma com a ocorrência do ato lesivo à administração militar, cuja causa direta foi a omissão de preceito previsto em lei, regulamento ou instrução.

• **Tentativa:** impossível, pois é delito omissivo.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar e por não militar, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.7. Violação ou divulgação indevida de correspondência ou comunicação

• **Tipo legal**

Art. 325. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência dirigida à administração militar, ou por esta expedida:

Pena – detenção, de dois a seis meses, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, ainda que não seja funcionário, mas desde que o fato atente contra a administração militar:

I – indevidamente se apossa de correspondência, embora não fechada, e no todo ou em parte a sonega ou destrói;

II – indevidamente divulga, transmite a outrem, ou abusivamente utiliza comunicação de interesse militar;

III – impede a comunicação referida no número anterior.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o militar da reserva ou reformado, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1816]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "devassar", ou seja, violar, macular, alcançar, tomar conhecimento; o objeto é o conteúdo de correspondência recebida ou enviada pela administração militar; não se faz necessário que o autor leia o conteúdo, mas tão somente que passe a saber do que se trata. O elemento normativo do tipo "indevidamente" indica a ausência de permissão do autor para o acesso à informação do conteúdo.

Em verdade este delito acresce ao de violação de correspondência tão somente o fato de que aqui ela é pública e lá, particular.

Neste artigo equipara-se a conduta de quem se apossa da correspondência oficial e, em seguida, a sonega (não a devolve) ou a destrói (rasga, queima, tritura ou até engole); responde ainda pelas mesmas penas aquele que divulga (torna público) ou transmite a outrem (informação direta e pessoal) o conteúdo de correspondência, bem como aquele que usa, abusivamente (além dos limites legais ou razoáveis) forma de comunicação militar; por fim, o mesmo se passa com quem impede, perturba a ponto de não se efetivar qualquer comunicação de interesse militar.

• **Elemento subjetivo:** é tão somente o dolo.

• **Consumação:** o delito se consuma com a violação da correspondência e com cada uma das condutas equiparadas.

• **Tentativa:** possível no *caput*, quando o agente inicia a violação dos mecanismos de segurança da correspondência (envelope, embalagem), mas não consegue tomar conhecimento do conteúdo por circunstâncias alheias à sua vontade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.8. Violação de sigilo funcional

• **Tipo legal**

Art. 326. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo ou função e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação, em prejuízo da administração militar:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto, desde que em função, o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das

Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1817].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** os núcleos das condutas são "revelar" e "facilitar" (a revelação). O autor revela, conta, comunica a alguém segredo de que tomou conhecimento em vista de seu exercício funcional, ou seja, é o autor, a quem a Instituição Militar confiou a responsabilidade de conhecer um segredo seu, ferindo o dever de sigilo funcional; assim, o segredo em questão só pode ser algo de interesse para a administração militar, podendo até existir remissão a assunto de cunho particular, mas o cerne da questão está vinculado à Instituição, mesmo porque, se assim não fosse, o delito seria classificado como crime contra a pessoa.

Magalhães Noronha, citado por Julio Fabbrini Mirabete[1818], ensina-nos que "facilita a revelação o que propositadamente deixa aberta a porta do cofre ou gaveta onde se encontra o documento sigiloso, o que dá informes sem os quais o terceiro não poderia descobrir o segredo".

Há a necessidade, com se extrai do tipo, de que o segredo seja conhecido em razão do exercício funcional, ou seja, deve haver um nexo funcional no conhecimento do segredo. Já se decidiu, por exemplo, que soldado "que exibe a outro cópia da prova do Concurso de Clínica Médica da Aeronáutica, encontrada no seu escaninho, dentro da Unidade, em envelope lacrado, a ele endereçado, não pratica o delito previsto no art. 326 do CPM; este delito tem como pressuposto o conhecimento do fato em razão do cargo, isto é, de sua atribuição funcional" (Ap. 2003.01.049285-2/SP, j. em 12-4-2005, rel. Min. Marcos Augusto Leal de Azevedo).

• **Elemento subjetivo:** é tão somente o dolo, a vontade livre e consciente de macular o segredo funcional que lhe foi confiado.

• **Consumação:** o delito se consuma com a revelação do segredo a quem não o possa conhecer.

• **Tentativa:** possível, tanto na revelação como na facilitação, exceto se a primeira for verbal.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 325 do Código Penal comum (assim como no art. 366 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato atente contra a Administração Militar. Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.9. Violação de sigilo de proposta de concorrência

• **Tipo legal**

Art. 327. Devassar o sigilo de proposta de concorrência de interesse da administração militar ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal em estudo tem por objeto jurídico a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o militar da reserva ou reformado, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1819]**. É necessário, porém, que se trate de "servidor público com funções relacionadas com a licitação, v. g., os membros de Comissão de

Licitação, a autoridade nomeante etc.”[1820].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** antes de discutirmos o art. 327, necessário frisar que há conflito aparente de normas com a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), prevalecendo, no Direito Penal comum, a visão de que o art. 94 da citada Lei deve ser aplicado em detrimento do art. 327 do Código Penal comum.

Nesse sentido Mirabete e Renato Fabbrini expõem:

“Deve-se assinalar, porém, que o artigo foi tacitamente revogado pela Lei n. 8.666, de 21-6-93, que institui normas de licitações e contratos da Administração Pública e que no art. 94 tipifica a infração de forma a abranger as demais modalidades de licitação: ‘Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena – detenção de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa’”[1821].

Com efeito, deve-se observar que a Lei de Licitações e Contratos traz norma penal mais contemporânea, incriminando a prática do delito não só em concorrência, mas também em convite, tomada de preço etc. Ademais, a norma penal comum extravagante é posterior ao Código Penal comum, sucedendo-o temporalmente, daí mais uma razão para sua prevalência.

No Direito Penal Militar, por outro lado, há elementos especializantes no tipo penal do art. 327 que têm levado a doutrina e a jurisprudência a reconhecerem sua prevalência em face da Lei de Licitações e Contratos. Nesse sentido, Jorge César de Assis:

“Parece-nos, portanto, que pode ocorrer um conflito aparente de normas. Vejamos: a Lei 8.666/93 prevalece em razão ao art. 326 do CP, já que *legis specialia derogant legis generali*. Entretanto, o CPM é lei especial por excelência, prevalecendo sobre a Lei 8.666/93, que, apesar de especial, pertence ao direito penal comum. Assim, o art. 326 está para o art. 94 da Lei 8.666/93, da mesma forma que o art. 94 da Lei de Licitações está para o art. 327 do CPM.

Como duas leis não podem incidir sobre um mesmo fato, ao mesmo tempo, a prevalência, ainda que com pena menor, é do tipo penal castrense"**[1822]**.

De fato, observou muito bem o caro autor paranaense ao consignar que o art. 327 do CPM é especal em relação ao art. 94 da Lei de Licitações e Contratos, porquanto no tipo penal militar exige-se que a concorrência seja *de interesse da administração militar*, tornando a lei penal militar mais específica. Note-se que, neste ponto, ao contrário do que sustentamos em outros, não favorece à prevalência do CPM a análise da sucessão temporal, isso porque a Lei de Licitações e Contratos lhe é posterior, mas a especificidade indicada pode, por si só, resolver a questão em favor do Código Penal Castrense.

Passemos, então, ao estudo dos elementos típicos do crime de violação do sigilo de proposta de concorrência.

O núcleo da conduta é "devassar", ou seja, por qualquer meio, conhecer, descobrir, perscrutar o conteúdo da proposta, o que é praticado pelo próprio sujeito ativo, presumindo-se que teve acesso ao procedimento licitatório em razão de sua função. Em adição, o tipo penal também tem por conduta nuclear o ato de "proporcionar" a terceiro o ensejo de devassar a proposta, ou seja, nesta forma, o servidor público facilita que o terceiro conheça a proposta. O tipo penal, expressamente, não exige que o terceiro tenha interesse no procedimento licitatório, mas essa conclusão pode ser colhida da análise do bem jurídico, que busca tutelar a administração militar, tornando presente o espírito competitivo que a favorece, em tese, em suas licitações. Ademais, deve-se notar que o terceiro é favorecido a "devassar" a proposta, ou seja, ele tem interesse em conhecer o seu conteúdo, tanto é que o faz dolosamente, diante da facilidade encontrada por parte do funcionário, que, por exemplo, não tranca convenientemente a porta do cofre onde está guardada a proposta.

Nos termos do art. 22, § 1º, da Lei n. 8.666/93, concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

• **Elemento subjetivo:** o crime em estudo somente pode ser praticado a título de dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de devassar, diretamente ou não (proporcionar que terceiro o faça), sigilo de proposta de concorrência.

• **Consumação:** o delito de violação de sigilo de proposta de concorrência se consuma com o conhecimento do sigilo até então guardado, pelo próprio autor ou por terceiro (na conduta de proporcionar a terceiro).

• **Tentativa:** como se trata de crime purissubsistente, entende-se admissível a tentativa.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 326 do Código Penal comum (assim como no art. 367 do CP comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM –, e no art. 94 da Lei de Licitações e Contratos), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato atente contra a administração militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.10. Obstáculo à hasta pública, concorrência ou tomada de preços

• **Tipo legal**

Art. 328. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de hasta pública, concorrência ou tomada de preços, de interesse da administração militar:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal em estudo tem por objeto jurídico a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o militar da reserva ou reformado, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1823]. Entendemos, no entanto, que também deve haver, embora não expresso no tipo, a necessidade de que o autor seja funcionário público, pois o tipo penal militar em estudo está classificado entre aqueles contra o dever funcional, no Capítulo VI do Título VII (Crimes contra a Administração Militar) do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar. Eventualmente, tratando-se de não funcionário público, poderá responder pelo delito do art. 339 do CPM.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** assim como no delito militar anterior, o tipo penal do art. 328 incorre em aparente conflito com os arts. 93 e 95 da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos). No tipo penal comum correlato (art. 335 do CP), há entendimento sedimentado no sentido de que a Lei de Licitações revogou tacitamente o dispositivo do CP. Nesse sentido, por todos, *vide* Rogério Greco: "O art. 335 do Código Penal foi revogado pelos arts. 93 e 95 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o art. 37, XXI, da Constituição Federal, e instituiu normas de licitações e contratos da Administração Pública"[1824].

Não é esse, entretanto, o entendimento em Direito Penal Militar, como dispõe Jorge César de Assis:

"Data vênia, a Lei de Licitações não tem o condão de revogar dispositivo do CPM, pelo mesmo princípio da especialidade. A Lei 8.666/93, mesmo sendo especial, pertence ao Direito Penal comum. A Trazão que existe entre o art. 93 da Lei 8.666/93 e a primeira parte do art. 335 do CP é a mesma razão que existe entre o art. 328 do CPM e o art. 93 da Lei de Licitações"[1825].

De fato, mais uma vez acerta o dileto autor ao consignar que o art. 328 do CPM é especial em relação ao art. 93 da Lei de Licitações e Contratos, porquanto no tipo penal militar exige-se que a frustração se dê em hasta pública, concorrência ou tomada de preço que sejam *de interesse da administração militar*, tornando a lei penal militar mais específica. Note-se que, neste ponto, ao contrário do que sustentamos em outros, não favorece à prevalência do CPM a análise da sucessão temporal, já que a Lei de Licitações e Contratos lhe é posterior, mas a especificidade indicada pode, por si só, resolver a questão em favor do Código Penal Castrense.

Passemos, então, ao estudo dos elementos típicos do crime de obstáculo à hasta pública, concorrência ou tomada de preços.

Os núcleos verificados neste tipo penal são "impedir" (não deixar a licitação acontecer), "perturbar" (atrapalhar) ou "fraudar" (enganar, ludibriar), ou seja, em outros termos, o autor impede, perturba ou frauda a licitação que envolve a Administração Militar.

Hasta pública, no sentido como a emprega o tipo penal militar em estudo, é o leilão público, ou seja, pelo § 5º do art. 22 da Lei de Licitações, trata-se de "modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação". Nos termos do § 1º do mesmo artigo a *concorrência* é a "modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto". Por fim, o § 2º do art. 22 da mesma Lei define *tomada de preços* como a "modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação".

• **Elemento subjetivo:** o tipo penal militar em estudo admite apenas o dolo, a vontade livre e consciente de impedir, perturbar ou fraudar processo licitatório.

• **Consumação:** o delito de obstáculo à hasta pública, concorrência ou tomada de preços consuma-se com o impedimento, a perturbação ou a fraude em processo licitatório.

• **Tentativa:** regra geral, neste delito plurissubsistente, a tentativa é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 335 do Código Penal comum (assim como no art. 377 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, e no art. 94 da Lei de Licitações e Contratos), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato atente contra a Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.11. Exercício funcional ilegal

• **Tipo legal**

Art. 329. Entrar no exercício de posto ou função militar, ou de cargo ou função em repartição militar, antes de satisfeitas as exigências legais, ou continuar o exercício, sem autorização, depois de saber que foi exonerado, ou afastado, legal e definitivamente, qualquer que seja o ato determinante do afastamento:

Pena – detenção, até quatro meses, se o fato não constitui crime mais

grave.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto, em cargo ou função, o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1826]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** na prática, este delito tem previsão muito semelhante ao de assunção e ao de conservação ilegal de comando (arts. 167 e 168 do CPM) diferindo tão somente no fato de que aquele restringia-se a comando ou direção, o que lhe conferia estética militar, tanto que estava capitulado entre os delitos contra a autoridade militar e a disciplina militar; já este abrange toda e qualquer função militar, e até civil, em repartição militar, prejudicando tão só a administração militar, pois se trata de alguém exercendo indevidamente função de seu interesse. Assim, este é residual dos anteriores, já que aqueles protegem a autoridade e disciplina, mas, subsidiariamente, a administração, enquanto este, somente o último bem jurídico.

Os núcleos da conduta são "entrar" e "continuar"; ambas no sentido de exercitar algo próprio de determinado posto ou função militares ou ainda de cargo ou função em repartição militar; o exercício é indevido, pois ou o agente não está investido de tal posto, função ou cargo, ou ele estava investido, mas foi dele destituído.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de praticar ato que não lhe compete.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de ato que não lhe compete.

• **Tentativa:** não se admite por ser delito de mera conduta.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 324 do Código Penal comum (assim como no art. 365 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o cargo ou função seja na Administração Militar. Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.12. Abandono de cargo

• **Tipo legal**

Art. 330. Abandonar cargo público, em repartição ou estabelecimento militar:

Pena – detenção, até dois meses.

Formas qualificadas

§ 1º Se do fato resulta prejuízo à administração militar:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

§ 2º Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:

Pena – detenção, de um a três anos.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1827]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "abandonar", ou seja, deixar, largar à própria sorte. O autor abandona o cargo público que possui em repartição ou estabelecimento militar. O § 1º agrava a pena se o abandono trouxer prejuízo à Administração Militar; esse prejuízo não pode ser o incômodo administrativo decorrente do fato, mas sim um mal efetivo, por exemplo, prazo legal de processo perdido, providência ou diligência que deixa de ser adotada pela ausência do autor e põe a perder ato ou decisão administrativa etc. O § 2º agrava ainda mais a pena se o fato acontecer em faixa de fronteira, o que se pode compreender em vista de a ausência do autor em local estratégico ter potencial lesivo à Instituição e, eventualmente, ao País, bem mais severo.

Destacam Mirabete e Renato Fabbrini que "somente ocorre o delito quando o abandono é total, deixando o funcionário de exercer todas as suas funções. Não configura ilícito penal, mas mera falta disciplinar, a inexecução de uma tarefa determinada, a desídia, a falta de diligência, a ausência esporádica ao serviço, etc."**[1828]**.

Com a já conhecida maestria, ensina Hely Lopes Meirelles:

"*Cargo público* é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. *Função* é a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para execução de serviços eventuais, sendo comumente remunerada por *pro labore*. Diferencia-se, basicamente, do cargo em comissão pelo fato de não titularizar cargo público.

(...)

Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo. As funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias dada a transitoriedade do serviço que visam a atender, como ocorre nos casos de contratação por prazo determinado (CF, art. 37, IX). Daí porque as *funções permanentes* da Administração só podem ser desempenhadas pelos titulares de cargos *efetivos*, e as *transitórias*, por servidores designados, admitidos ou contratados precariamente (...)”**[1829]**.

Entendemos que o delito de abandono de cargo cabe também aos militares em atividade, sendo residual da deserção; lá, na previsão dos arts. 187 e seguintes do CPM, as providências são estritamente formais e qualquer falha administrativa implica a nulidade do respectivo Termo de Deserção e a consequente isenção de responsabilidade; aí então é que se operaria o abandono de cargo para responsabilizar a conduta que, por erro, deixou de ser apreciada sob a ótica do delito contra o serviço e o dever militar.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de abandonar o cargo.

• **Consumação:** o delito se consuma com o abandono do cargo público por tempo que seja juridicamente relevante.

• **Tentativa:** não é possível, por ser delito omissivo.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 323 do Código Penal comum (assim como no art. 364 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o cargo seja na administração militar. Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas

no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.13. Aplicação ilegal de verba ou dinheiro

• **Tipo legal**

Art. 331. Dar às verbas ou ao dinheiro público aplicação diversa da estabelecida em lei:

Pena – detenção, até seis meses.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal em estudo tem por objeto jurídico a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, militar da reserva ou reformado, quanto o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1830]**. Entendemos, no entanto, que também deve haver, embora não expresso no tipo, a necessidade de que o autor seja funcionário público, pois o tipo penal militar em estudo está classificado entre aqueles contra o dever funcional, no Capítulo VI do Título VII (Crimes contra a Administração Militar) do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar, devendo, ademais, ter o poder de gerir as verbas ou rendas (dinheiro) públicas.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** no crime militar de emprego irregular de verbas ou rendas públicas, o núcleo da conduta é “dar” emprego diverso, ou seja, empregar, canalizar, destinar, utilizar de forma irregular.

O objeto material do delito em foco trata-se de verbas ou dinheiro

(entenda-se, rendas) públicos. "*Verbas públicas*, segundo o sentido usual que lhe dá a doutrina, são *dinheiros* destinados, por lei orçamentária, à satisfação de um serviço, de uma finalidade de interesse público, por dotações ou subvenções. Em sentido técnico, porém, o vocábulo traduz, no orçamento ou em leis especiais, simplesmente a especificação quantitativa do custo de execução de determinado serviço público, autorizado por lei. *Rendas públicas* são dinheiros percebidos pela Fazenda Pública, seja qual for a origem. As verbas destinadas a um serviço não podem ser, total ou parcialmente, aplicadas em outro e as rendas não podem ser empregadas senão mediante determinações legais. Assim, o emprego *irregular* consiste na mudança de destino dado aos fundos, já que não é possível ao administrador, sob a alegação de que foram mal destinados os fundos, ou de serem insuficientes em determinado setor, aplicá-los em outro"**[1831]**.

Mais do que sabido que ao funcionário só cabe realizar o procedimento ditado pelo ordenamento jurídico. Assim, caso venha a fazer ou deixar de fazer contrariando, estendendo ou restringindo previsão legal, responderá pelo presente delito, como no caso de emprego de verba destinada a um fim para outro, ainda que possua escopo público, naquilo que se condicionou chamar "química" de verbas públicas. Considerou-se como incurso no crime em estudo o "Comandante de fração PM que utiliza verba orçamentária destinada às despesas correntes com combustível e em despesas de capital à aquisição de uma central telefônica para a estação de bombeiros" (TJMRS, Ap. Crim. 3.202/99, rel. Juiz Antonio Carlos Maciel Rodrigues). Pior ainda, se a destinação possuir escopo comezinho, particular, como a conduta de "utilização dos recursos financeiros destinados às etapas de alimentação, para a realização de festa de aniversário do Comandante e outras, mesmo mediante ressarcimento, prática por algum tempo tolerada pela Administração Policial Militar, quando de pequeno valor" (TJMRS, Ap. Crim. 3.227/99, rel. Juiz Antonio Carlos Maciel Rodrigues). Neste caso, pensamos que a distinção deste delito em relação ao delito de peculato próprio (no caso, o *peculato-desvio*) está no fato de que aqui temos o simples desvio da verba que tinha destinação legal, ainda que isso possa satisfazer particularmente a alguém – como no caso da festa de aniversário –, enquanto no peculato há o desvio em proveito de outrem, ou seja, o terceiro que recebe o bem (dinheiro, p. ex.) desviado, dele dispõe livremente.

É necessário, por outro bordo, verificar exatamente a norma legal – geralmente a Lei n. 8.666/93 e a lei orçamentária darão esse parâmetro – que impõe o emprego da verba ou dinheiro, sob pena de não haver o delito. Já se decidiu, por exemplo, que para "se caracterizar crime de aplicação ilegal de verba ou dinheiro, não basta constar da denúncia que o agente deu aplicação diversa da estabelecida em lei, é necessário que seja mencionada a lei que foi violada. O art. 24 da Lei n. 8.666/93 (Lei das Licitações), citado na denúncia como violado, dispõe apenas sobre dispensa de licitações, não se aplicando ao presente caso" (STM, HC 2001.01.033642-7/PE, rel. Min. José Julio Pedrosa, j. em 28-8-2001). Nesse sentido, Mirabete e Renato Fabbrini:

"É pressuposto indeclinável do fato que exista *lei* que regulamente a aplicação dos dinheiros. Como bem acentua Fragoso, 'a palavra *lei* não permite interpretação extensiva, excluindo-se, portanto, os decretos e quaisquer atos administrativos (ao contrário do que ocorre no direito espanhol e argentino). Será, pois, geralmente, a lei orçamentária ou lei especial'"[1832].

• **Elemento subjetivo:** no tipo penal em análise exige-se conduta dolosa, ou seja, a vontade livre e consciente de dar aplicação indevida a verba ou dinheiro público.

• **Consumação:** o delito se consuma com o uso indevido da verba ou do dinheiro público.

• **Tentativa:** admite-se.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por militar ou não militar, desde que em razão de função pública, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso II do art. 9º do CPM, especialmente na alínea *e*, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto há idêntica tipificação nos dois diplomas penais, ou seja, no art. 315 do Código Penal comum (assim como no art. 353 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM) e no art. 331 do CPM. Caso o autor seja civil, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-

se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.14. Abuso de confiança ou boa-fé

• **Tipo legal**

Art. 332. Abusar da confiança ou boa-fé de militar, assemelhado ou funcionário, em serviço ou em razão deste, apresentando-lhe ou remetendo-lhe, para aprovação, recebimento, anuência ou aposição de visto, relação, nota, empenho de despesa, ordem ou folha de pagamento, comunicação, ofício ou qualquer outro documento, que sabe, ou deve saber, serem inexatos ou irregulares, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Forma qualificada

§ 1º A pena é agravada, se do fato decorre prejuízo material ou processo penal militar para a pessoa de cuja confiança ou boa-fé se abusou.

Modalidade culposa

§ 2º Se a apresentação ou remessa decorre de culpa:

Pena – detenção, até seis meses.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, militar reformado ou da reserva, quanto o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1833].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "abusar", enganar, faltar com a confiança que a vítima secundária (militar ou funcionário) depositou no autor; esse abuso se verifica no fato de que o autor leva ao ofendido documento (qualquer que seja, inclusive os mencionados no *caput* – relação, nota, empenho de despesa, ordem ou folha de pagamento, comunicação, ofício) inexato (erros que não ferem a essência do ato) ou irregular (erros que maculam e invalidam o ato praticado total ou parcialmente), sendo certo e inequívoco que a inexatidão ou a irregularidade deve atentar contra a administração. É delito residual, pois só será punido se a conduta não for tipificada como delito mais grave.

O tipo prevê pena mais severa em vista de resultado mais gravoso, no caso em que o ofendido venha a ser processado na Justiça Militar ou tenha prejuízo material decorrente do abuso que sofreu.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo específico, pois o abuso é promovido com o fim de conseguir do ofendido a aprovação, recebimento, anuência ou aposição de visto, seja ele direto (sabe que o documento que apresenta é viciado) ou indireto (deveria saber que o ato é viciado, p. ex., por ser o responsável por sua fiscalização, assumindo o risco de sua inexatidão ou irregularidade ao apresentá-lo sem a devida conferência). Em previsão apartada (§ 2º), surge a culpa na remessa ou apresentação do documento inexato ou irregular.

• **Consumação:** o delito se consuma com a apresentação do documento para aprovação, recebimento ou visto, estando ele inexato ou irregular e propiciando risco de prejuízo à administração militar. O efetivo prejuízo é mero exaurimento; basta para a caracterização do delito tão somente o risco de ele ocorrer.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se

verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6.15. Violência arbitrária

• **Tipo legal**

Art. 333. Praticar violência, em repartição ou estabelecimento militar, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, além da correspondente à violência.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de violência arbitrária tem por objeto jurídico a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser classificado como próprio, ou seja, exige-se a qualidade especial de funcionário público, devendo-se utilizar por parâmetro, na ausência da lei penal militar, o art. 327 do Código Penal comum, para a prática do delito. No entanto, esse funcionário público não precisa ser militar; pode ser um funcionário civil atuando na Administração Militar, o que, na dicotomia entre crime propriamente militar e crime impropriamente militar, leva-nos a classificá-lo como crime impropriamente militar, pois pode ser perpetrado por alguém que não seja militar, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1834].

Como o crime em foco exige a relação da conduta com a função pública, obviamente, exclui-se da sujeição ativa o militar inativo, exceto se em

concurso de pessoas (§ 1º do art. 53 do CPM) ou se estiver exercendo função em razão de estar sendo empregado regularmente na Administração Militar, nos termos do art. 12 do CPM.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada, bem como, de forma mediata, o que sofreu a violência.

• **Elementos objetivos:** antes de passarmos à análise do tipo penal, urge discutir se este crime militar (violência arbitrária) ainda persiste após o advento da Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965 ("abuso de autoridade").

Como já apontamos, o conflito dessa Lei com o CPM se apresenta em vários momentos, a exemplo daquele entre a alínea *i* do art. 3º da Lei n. 4.898/65 e o crime de lesão corporal (art. 209 do CPM), ou ainda no caso da alínea *b* do art. 3º da Lei n. 4.898/65 com o § 2º do art. 226 do CPM, que trata da majoração para o crime de violação de domicílio. Segundo Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio:

"Questão complexa diz respeito à violação de domicílio praticada por funcionário público no exercício de suas funções, em flagrante abuso de poder. Nessa hipótese, concordamos com Alberto Silva Franco, para quem deve ser aplicado o tipo penal qualificado previsto no art. 150, § 2º, do Código Penal, pois o abuso de poder constitui circunstância legal específica de outro crime. Em sentido contrário, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas entendem que deve ser aplicado o art. 3º, *b*, da Lei n. 4.898/65, em virtude do princípio da especialidade"**[1835]**.

Concordando com Smanio e Alexandre de Moraes, se o intento era violar domicílio, o abuso acaba tornando-se subsidiário, prevalecendo o delito do art. 226 com a majoraçao do § 2º. Ademais, deve-se lembrar que o CPM e a Lei n. 4.898/65, nos tipos em conflitos, possuem elementos especializantes intensos, não sendo este critério seguro para a solução do conflito aparente de normas; deve-se valer do critério da sucessão temporal das leis penais, frisando-se que a Lei de Abuso de Autoridade surgiu em 1965, enquanto o Código Penal Castrense, em 1969, já tendo como conteúdo informativo a primeira lei,

concluindo-se que, mesmo conhecendo o delito de abuso de autoridade, o legislador penal militar desejou desconstituí-lo como autônomo, colocando-o como majorante de outro crime.

Trazendo agora para o conflito de abuso de autoridade e a violência arbitrária, parece-nos adequado manter a mesma linha de raciocínio, ou seja, deve prevalecer o crime de violência arbitrária, e não o abuso de autoridade, primeiro porque o abuso está configurado como forma de praticar violência. Segundo porque, analisando a sucessão temporal de leis, podemos afirmar que o abuso constitui um meio para a prática de violência arbitrária já conhecido pelo legislador penal militar de 1969, configurando uma subsidiariedade tácita do crime de abuso de autoridade em relação ao crime de violência arbitrária.

De toda sorte, é preciso que se diga que há, principalmente na análise da legislação penal comum (art. 322 do CP), visão majoritária no sentido de prevalência da Lei de Abuso de Autoridade. Nesse aspecto, fundamental expor o que pensa Rogério Greco:

"O Supremo Tribunal Federal, no RE 73914/SP, tendo como Rel. o Min. Osvaldo Trigueiro, em julgamento realizado em 3 de junho de 1972, entendeu que o art. 322 do Código Penal não havia sido revogado pela Lei n. 4.898/65. No mesmo sentido, Noronha se posicionou pela manutenção do art. 322 do Código Penal, afirmando ser outra a finalidade da Lei que dispôs sobre o crime de abuso de autoridade.

(...).

No entanto, majoritariamente, tem-se entendido pela revogação tácita do mencionado art. 322 do Código Penal.

Somos partidários da corrente que entende pela revogação do art. 322 pela Lei n. 4.898/1965".

Nós, por outro bordo, pelos motivos acima expostos, posicionamo-nos contrários a essa visão, mesmo porque a Lei de Abuso de Autoridade é de 1965 e o CPM, de 1969, possuindo seu tipo penal do art. 333, ademais, elementos especializantes não presentes na lei penal comum, como o caso do elemento espacial, segundo o qual o tipo exige que a violência seja praticada *em repartição*

ou estabelecimento militar.

No plano jurisprudencial, apenas como exemplo e para encerrar a discussão, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Laurita Vaz, em 20 de novembro de 2007, julgou o *Habeas Corpus* n. 48.083/MG, decidindo:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. ARTIGO 322 DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA. EVENTUAL REVOGAÇÃO PELA LEI N. 4.898/65. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STF.

1. O crime de violência arbitrária não foi revogado pelo disposto no artigo 3º, alínea 'i', da Lei de Abuso de Autoridade. Precedentes da Suprema Corte.

2. Ordem denegada".

Mais recentemente (17-2-2009), a mesma Turma do STJ, agora sob relatoria do Ministro Felix Fischer, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 103.763/MG, em um caso de crime militar, não negou a possibilidade de que o crime do art. 333 do CPM prevaleça sobre o de abuso de autoridade, mas apenas o afastou diante da lesão corporal (art. 209 do CPM):

"PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. *HABEAS CORPUS*. TRAN-CAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA. EX-CESSO DE ACUSAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. REFLEXOS JURÍ-DICOS IMEDIATOS. DESCLASSIFICAÇÃO. LESÕES CORPORAIS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO.

I – Não há vedação a que se altere a capitulação logo no recebimento da exordial, nos casos em que é flagrante que a conduta descrita não se amolda ao tipo penal indicado na denúncia. Tal possibilidade, acentua-se ainda mais quando o tipo indicado e aquele aparentemente cometido possuem consequências jurídicas diversas, com reflexos imediatos na defesa do acusado. Nessas hipóteses, é patente o excesso de acusação (Precedentes do STJ e do STF).

II – Na espécie, o enquadramento da conduta descrita na denúncia como delito de violência arbitrária (art. 333 do CPM) é manifestamente

inadequado, já que descreve, de fato, as elementares do delito de lesões corporais, previsto no art. 209 do CPM.

III – O equívoco na capitulação jurídica, na espécie, acarreta reflexos jurídicos imediatos na defesa do paciente, já que a correta classificação jurídica do fato, no caso, implicaria nulidade da ação penal, por ausência do exame de corpo de delito, imprescindível, na hipótese, por se tratar de crime que deixa vestígio (art. 328, *caput*, do CPPM).

Ordem concedida".

Dessa forma, ainda que alguns entendam que o crime de abuso de autoridade deva prevalecer, sustentamos o contrário, ou seja, há a prevalência do crime de violência arbitrária, razão por que é fundamental compreender seus elementos típicos, o que veremos a partir de agora.

No crime de violência arbitrária, o núcleo da conduta é "praticar" violência, ou seja, produzir ou agir com violência, desencadear violência contra alguém. Como expomos desde o início, trata-se da violência física (*vis corporalis*), afastando-se deste tipo penal a *vis compulsiva* (violência moral).

Necessário, ademais, que a violência seja arbitrária, ferindo o dever de ação, e não em alinho a ele. Com efeito, em algumas situações, o funcionário público está respaldado pela lei se utilizar de violência. Tais casos, contudo, devem constituir exceção, havendo excesso quando a violência não possui esse respaldo, sendo praticada de forma gratuita.

A violência, como exige o tipo, deve ser cometida *no exercício de função ou a pretexto de exercê-la*, exigindo-se, portanto, nexo funcional, ou seja, invocando a função pública para cometer violência ou executá-la no exercício da função.

Como acima indicado, é necessário que o fato ocorra em lugar sob administração militar (*repartição ou estabelecimento militar*), sob pena de, se assim não for, não haver subsunção ao tipo penal militar do art. 333, podendo haver, porém, ao art. 322 do CP.

Na fixação da pena, o legislador indicou o concurso do delito em

estudo com o de lesão corporal ou morte, como não poderia deixar de ser, pois a investida física em questão, caso produza tais resultados, ferirá dois bens jurídicos diversos tutelados por dispositivos penais militares também diferentes. Quando a violência é praticada entre militares, o bem jurídico violado é a autoridade e a disciplina, passando a existir os delitos de violência contra superior ou contra inferior, previstos nos arts. 157, 158, 175 e 176, todos do CPM. Entretanto, quando a vítima é o civil ou até o militar e tal condição é desconhecida pelo autor, conforme defendemos na Parte Geral, a violência assume face de violação à Instituição Militar, sendo pertinente a tipificação sob exame.

• **Elemento subjetivo:** no crime de violência arbitrária o elemento subjetivo é o dolo, a vontade livre e consciente de praticar a violência física.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática da violência física, ainda que não resulte lesão corporal. Caso haja a lesão (ou morte), como visto, além da pena deste crime, haverá a aplicação, em cúmulo material, da pena afeta ao crime correspondente ao resultado da violência.

• **Tentativa:** por se tratar de crime plurissubsistente, admite-se a tentativa.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 322 do Código Penal comum (assim como no art. 363 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato se dê em repartição ou estabelecimento militar. Caso o autor seja civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do

CPM.

6.16. Patrocínio indébito

• **Tipo legal**

Art. 334. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração militar, valendo-se da qualidade de funcionário ou de militar:

Pena – detenção, até três meses.

Parágrafo único. Se o interesse é ilegítimo:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** o tipo penal do crime de patrocínio indébito tem por objeto jurídico a administração militar, guardando sua moralidade, sua ordem administrativa.

• **Sujeitos do delito:** no que concerne ao sujeito ativo, o crime em estudo pode ser classificado como próprio, ou seja, exige-se a qualidade especial de funcionário público, devendo-se utilizar por parâmetro, na ausência da lei penal militar, o art. 327 do Código Penal comum, para a prática do delito. No entanto, esse funcionário público não precisa ser militar; pode ser um funcionário civil atuando na Administração Militar, o que, na dicotomia entre crime propriamente militar e crime impropriamente militar, leva-nos a classificá-lo como crime impropriamente militar, pois pode ser perpetrado por alguém que não seja militar, neste caso, exclusivamente no âmbito da Justiça Militar da União, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1836]**.

Como o crime em foco exige a relação da conduta com o cargo público e, no caso de militar, utiliza-se da palavra "militar", que, nos termos do art. 22 do CPM, refere-se a militar da ativa, obviamente, exclui-se da sujeição ativa o militar inativo, exceto se em concurso de pessoas (§ 1º do art. 53 do CPM) ou se estiver exercendo função em razão de estar sendo empregado

regularmente na Administração Militar, nos termos do art. 12 do CPM.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, pela Instituição Militar aviltada.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta do tipo penal do crime militar de patrocínio indébito, rotulado no Código Penal comum como "Advocacia Administrativa" (art. 321), é "patrocinar", ou seja, advogar, defender, pleitear, favorecer, ser patrono de um pleito particular perante a Administração Militar.

A atuação do sujeito ativo pode ser direta, por ele próprio, ou indireta, entenda-se, por interposta pessoa, em casos em que o funcionário público ou militar não desejem aparecer no patrocínio, utilizando-se do assim conhecido "testa de ferro".

O que se patrocina é o interesse privado, ou seja, a "relação de reciprocidade entre um indivíduo e um objeto que corresponde a determinada necessidade daquele; é um estado anímico em relação a qualquer fato ou objeto, seja patrimonial, material ou moral"**[1837]**. Obviamente, o interesse deve ser alheio, e não do próprio funcionário ou militar, sob pena de, se assim não entendêssemos, ser vedado a todo funcionário ou militar pleitear seus direitos perante a Administração Militar, o que seria, à evidência, concepção tirânica, não condizente com o Estado Democrático de Direito. Fulcrais, nesse sentido, as palavras de Romeu de Almeida Salles Júnior:

"(...) o ato do funcionário agente patrocinar será sempre considerado ilícito. No entanto, o interesse defendido pode ser lícito ou ilícito, justo ou injusto, sendo este fato indiferente para a configuração do crime. Basta que seja um interesse privado e alheio, não podendo ser interesse do próprio agente. O funcionário vale-se da sua função e das facilidades que esta lhe oferece para o patrocínio de interesse alheio (facilidade de acesso a colegas, influências, consideração). O interesse pode ser defendido em qualquer setor da Administração, mesmo que não seja o de atuação do agente. O patrocínio é feito visando a remuneração por parte do titular do interesse defendido. O funcionário não precisa ser advogado, em que pese a denominação legal, que tem como finalidade indicar o ato de defesa de interesse alheio"**[1838]**.

O autor, ademais, deve atuar de forma que se valha *da qualidade de funcionário ou de militar*, ou seja, o desempenho de sua função deve trazer-lhe facilidades de acesso, camaradagem, ou da influência de que goza entre seus colegas para o desencadeamento do pleito, não bastando, por exemplo, a facilidade decorrente do temor reverencial inerente à relação hierárquica (STM, Ap. 1999.01.048327-6/PR, j. em 21-6-2000, rel. Min. José Júlio Pedrosa).

Assim, não caracteriza crime de patrocínio indébito a conduta de militar que aconselha, dada sua capacidade técnica, outro militar na elaboração de uma defesa em processo administrativo ou criminal, nem mesmo se o autor decide rascunhar de próprio punho a defesa a ser apresentada, porquanto a conduta se arrimou apenas no conhecimento técnico, não havendo facilidade decorrente da função para o patrocínio. Tampouco caracteriza patrocínio indébito, por óbvio, a defesa elaborada por funcionário ou militar, nomeado como defensor dativo ou *ad hoc* pela própria Administração Militar, no curso de um processo administrativo, porquanto a figura típica pressupõe o desencadeamento de conduta desleal para com a Administração Pública no pleito privado, o que não ocorre quando o autor está em cumprimento de um múnus, em que o interesse em foco é público. Nesse sentido, *vide*, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, a Apelação Cível n. 1.482/07 (Feito n. 432/05, 2ª Auditoria, j. em 17-11-2009, rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho), que, em seu corpo, embora apreciando uma questão cível, em que se alegava que o defensor *ad hoc* em processo regular era ilegal por configurar crime de advocacia administrativa, assim consignou:

"Quanto à alegação de advocacia administrativa, argumento também trazido pelo autor quando em referência ao defensor *ad hoc* nomeado para defender os interesses do acusado durante o interrogatório, melhor sorte não surge em seu favor. A uma, porque a norma legal, reconhecida pela E. Suprema Corte como constitucional, ampara referido ato administrativo, conforme já analisado. A duas, porque mesmo que assim não fosse, o tipo penal deve ser interpretado de forma restrita e, portanto, ao descrever a conduta como patrocinadora de interesse privado, não pode incidir na relação aqui em análise, eis que presente o interesse público, não havendo pois em se interpretar tal ato como patrocínio privado, até mesmo porque este demandaria a vontade livre das

partes”.

Configura o delito, por outro enfoque, o ato de militar do Estado, pertencente ao Policiamento Florestal, que “percebe vantagem financeira oriunda da prestação de serviços, confecionando recursos administrativos contra autos expedidos pela Polícia Florestal e pelo Instituto Estadual de Florestas (IEF) junto à Comissão de Recursos Administrativos – CORAD/IEF, da qual fazia parte” (TJMMG, Ap. Crim. 2.288, Proc. n. 19.756, 3ª AJME, j. em 23-12-2003, rel. Juiz Décio de Carvalho Mitre).

Por fim, da análise do parágrafo único do art. 334, extrai-se que o interesse pode até mesmo ser legítimo e ainda assim estar configurado o delito, visto que o citado parágrafo dispõe que haverá forma qualificada, com pena de detenção de três meses a um ano, quando o patrocínio se referir a interesse ilegítimo.

• **Elemento subjetivo:** o crime de patrocínio indébito somente admite o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de patrocinar interesse particular, perante a Administração Militar, valendo-se de sua qualidade de funcionário ou militar. Nesse sentido, do Superior Tribunal Militar, *vide* a Apelação n. 2002.01.049124-4/MG, julgada em 8 de abril de 2003, sob relatoria do Ministro Max Hoertel, cujo trecho da Ementa assim dispõe:

“(...) Para a ocorrência do crime previsto no art. 334 do CPM, Patrocínio Indébito, é essencial a *vontade do Agente orientada para patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Militar, valendo-se de sua condição de funcionário ou militar*. Não coinfigura, pois, o delito em tela a *mera intervenção oportunística* do Apelante (diga-se, na condição de também paraquedista e parcipante do evento festivo), junto a outro militar superior (por sinal, com quem mantinha relações pessoais e profissionais conturbadas), na verdade bem mais com o propósito de questionar a autoridade deste último para impedir a realização do salto por outro atleta, do que com o objetivo de obter a sua aquiesciência para tanto. (...)”. (g. n.)

• **Consumação:** o delito de patrocínio indébito consuma-se com a prática de qualquer ato como patrono, não sendo necessário que o interesse

pleiteado seja alcançado.

• **Tentativa:** por se tratar de crime plurissubsistente, entende-se possível a tentativa.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 321 do Código Penal comum – sob a rubrica de "Advocacia Administrativa" (assim como no art. 362 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato se dê em repartição ou estabelecimento militar. Caso o autor seja civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7. DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR

7.1. Usurpação de função

• **Tipo legal**

Art. 335. Usurpar o exercício de função em repartição ou estabelecimento militar:

Pena – detenção, de três meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o militar da reserva ou reformado, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1839]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é “usurpar”, apossar-se, assumir indevidamente. O autor, invadindo seara alheia, assume função que não é sua, arvorando-se de direito que não tem; para caracterização do delito, a função usurpada deve ser desempenhada em repartição ou estabelecimento militar, depreendendo-se que ela seja civil, pois, quando o legislador faz remissão à atividade operacional, os termos usados são comando e missão; por fim, não basta que o autor se intitule responsável pela função usurpada, é necessário que ele pratique algum ato próprio da função para caracterizar a usurpação.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de usurpar função alheia.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de qualquer ato próprio da função usurpada pelo autor.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 328 do Código Penal comum (assim como no art. 369 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em

vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato se dê em repartição ou estabelecimento militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7.2. Tráfico de influência

• **Tipo legal**

Art. 336. Obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em militar ou assemelhado ou funcionário de repartição militar, no exercício de função:

Pena – reclusão, até cinco anos.

Aumento de pena

Parágrafo único. A pena é agravada, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao militar ou assemelhado, ou ao funcionário.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o militar da reserva ou reformado, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1840]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "obter", conseguir,

alcançar. O autor obtém vantagem (de qualquer espécie) ou promessa dela a fim de influenciar militar ou funcionário de repartição militar e favorecer terceiro; o prejuízo à Instituição repousa no fato de que o autor invoca proximidade com o funcionário dela, capacidade de influenciá-lo e de beneficiar o terceiro que, acreditando que será favorecido, concede a vantagem pretendida pelo autor ou lhe promete conseguir. É o caso do autor que diz ter acesso ao responsável por processo disciplinar interno da Instituição Militar ou pelo registro de infrações de trânsito, e consegue do terceiro vantagem indevida ou promessa dela sob pretexto de influenciar o funcionário ou militar a absolvê-lo de sua acusação ou a anular as multas que sofreu. É indispensável que esse poder de influência de que o autor se arvorou tenha um mínimo de credibilidade, pois, caso contrário, inexistirá delito em face do bem jurídico pelo tipo não ter sido maculado.

No parágrafo único, a pena é agravada se o autor alega (afirma) ou insinua (dá a entender) que a vantagem que está conseguindo ou buscando é também destinada ao militar ou ao funcionário que estaria influenciando para favorecimento de terceiro; a agravante se explica por si só, uma vez que, ao dizer que a vantagem alcançará o funcionário, a mácula à lisura da Instituição Militar é bem maior, o que enseja apenamento mais severo.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de obter vantagem (ou sua promessa).

Consumação: o delito se consuma com a obtenção de vantagem ou de sua promessa, sob pretexto de influir em militar ou funcionário de estabelecimento militar.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 332 do Código Penal comum (assim como no art. 373 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em

vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato se dê a pretexto de influir em militar ou funcionário de repartição militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7.3. Subtração ou inutilização de livro, processo ou documento

• **Tipo legal**

Art. 337. Subtrair ou inutilizar, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou qualquer documento, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar:

Pena – reclusão, de dois a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o militar da reserva ou reformado, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1841]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** os núcleos das condutas são "subtrair" (tirar de onde está sub-repticiamente, às escondidas), ou "inutilizar" (tirar utilidade, fazer com que a coisa não mais se preste para o fim ao qual existe); o autor subtrai ou inutiliza, total ou parcialmente (partes), qualquer documento (inclui-se aqui o

livro oficial ou processo) de interesse da Administração Militar, incluindo-se aqui o serviço militar; a conduta em questão, para a caracterização do delito, deve atentar (prejudicar, perturbar, alterar a regularidade) contra a Instituição Militar. Neste delito, o autor não tem a guarda do objeto em razão do cargo, o que o difere em relação à conduta prevista no art. 321 do CPM.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de subtrair ou inutilizar documento oficial.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor extravia, sonega ou inutiliza, total ou parcialmente, o documento.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 337 do Código Penal comum (assim como no art. 379 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato atente contra a Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7.4. Inutilização de edital ou de sinal oficial

• **Tipo legal**

Art. 338. Rasgar ou de qualquer forma inutilizar ou conspurcar edital

afixado por ordem da autoridade militar; violar ou inutilizar selo ou sinal empregado, por determinação legal ou ordem de autoridade militar, para identificar ou cerrar qualquer objeto:

Pena – detenção, até um ano.

• **Objetividade jurídica:** é a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o militar da reserva ou reformado, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1842]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** temos dois grupos de condutas. No primeiro deles, os núcleos das condutas são "rasgar" (fazer em pedaços), "inutilizar" (tirar a utilidade, fazer com que a coisa não mais se preste para o fim ao qual existe) ou "conspurcar" (sujar, macular). O autor rasga, inutiliza ou conspurca edital (tipo de documento) afixado por ordem de autoridade militar; o edital pode ser de qualquer espécie, sendo comum os de processo licitatório, de concursos e cursos etc., entretanto deve estar ainda em validade para a caracterização do delito em estudo.

No segundo deles, os núcleos das condutas são "violar" (quebrar, romper) ou "inutilizar" (tirar a utilidade, fazer com que a coisa não mais se preste para o fim ao qual existe). O autor viola ou inutiliza selo ou sinal que serve para lacrar ou identificar um documento, qualquer que seja ele, desde que o fato atente (prejudique, perturbe, altere a regularidade) contra a Instituição Militar.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de rasgar, conspurcar ou inutilizar edital, ou ainda violar ou inutilizar selo (lacre) ou objeto identificador.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de qualquer das condutas anunciadas pelo tipo.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 336 do Código Penal comum (assim como no art. 378 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato atente contra a Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7.5. Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência

• **Tipo legal**

Art. 339. Impedir, perturbar ou fraudar, em prejuízo da Fazenda Nacional, concorrência, hasta pública ou tomada de preços ou outro qualquer processo administrativo para aquisição ou venda de coisas ou mercadorias de uso das Forças Armadas, seja elevando arbitrariamente os preços, auferindo lucro excedente a um quinto do valor da transação, seja alterando substância, qualidade ou quantidade da coisa ou mercadoria fornecida, seja impedindo a livre concorrência de outros fornecedores, ou por qualquer modo tornando mais onerosa a transação:

Pena – detenção, de um a três anos.

§ 1º Na mesma pena incorre o intermediário na transação.

§ 2º É aumentada a pena de um terço, se o crime ocorre em período de grave crise econômica.

• **Objetividade jurídica:** o dispositivo em foco tutela a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o militar da reserva ou reformado, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1843]**. Neste caso, diversamente do que ocorre com o art. 328 do CPM, não se exige que o autor seja funcionário público.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração.

• **Elementos objetivos:** assim como no delito militar do art. 328 do CPM, há aqui aparente conflito com os arts. 93 e 95 da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos). No tipo penal correlato (art. 335 do CP), há entendimento sedimentado no sentido de que a Lei de Licitações revogou tacitamente o dispositivo do CP. Nesse sentido, por todos, *vide* Rogério Greco: "O art. 335 do Código Penal foi revogado pelos arts. 93 e 95 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o art. 37, XXI, da Constituição Federal, e instituiu normas de licitações e contratos da Administração Pública"**[1844]**.

Não é esse, entretanto, o entendimento em Direito Penal Militar. Como sustenta Jorge César de Assis, este tipo penal está "em plena vigência, já que é uma norma especial por excelência"**[1845]**.

De fato, mais uma vez acerta o dileto autor ao consignar que o art. 339 do CPM é especial em relação aos arts. 93 e 95 da Lei de Licitações e Contratos, porquanto no tipo penal militar exige-se a frustração na aquisição ou venda de materiais das *Forças Armadas*, o que lhe dá especialidade maior. Note-se que, neste ponto, ao contrário do que sustentamos em outros, não favorece à prevalência do CPM a análise da sucessão temporal, já que a Lei de Licitações e Contratos lhe é posterior, mas a especificidade indicada pode, por si só, resolver a questão em favor do Código Penal Castrense.

Os núcleos da conduta são "impedir" (não deixar acontecer), "perturbar" (atrapalhar, criar problema) ou "fraudar" (enganar, iludir) o procedimento licitatório, caracterizado por *concorrência, hasta pública ou tomada de preços*, elementos já explicados nos comentários ao art. 328 do CPM. Mas este crime não se restringe apenas a essas modalidades, porquanto possui a cláusula genérica *outro qualquer processo administrativo para aquisição ou venda de coisas ou mercadorias de uso das Forças Armadas*, o que permite inclusive a ocorrência do delito em outras modalidades de licitação, como o concurso e o pregão.

Essa frustração, ademais, possui forma livre, já que exemplificativamente, o tipo penal traz condutas descritas, a saber, *elevando arbitrariamente os preços, auferindo lucro excedente a um quinto do valor da transação, alterando substância, qualidade ou quantidade da coisa ou mercadoria fornecida, impedindo a livre concorrência de outros fornecedores*, mas guarda também cláusula genérica que permite interpretação analógica (*ou por qualquer modo tornando mais onerosa a transação*).

O autor, note-se, impede, perturba ou frauda processo licitatório das Forças Armadas. Referiu-se o legislador, em nossa opinião, apenas às três forças federais, apesar de alguns entenderem que, como houve grafia em letra minúscula, poder-se-ia abranger também as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. De qualquer sorte, nossa interpretação não traz grandes diferenças para a aplicação do tipo em estudo, visto que, como sustentamos desde o início, alguém que não seja militar do Estado não comete crime militar na esfera Estadual e, caso seja o sujeito ativo um militar do Estado, responderá pelo art. 328 do CPM.

O § 1º do art. 339 estende a pena ao intermediário, mesmo porque, com sua participação, há concurso de agentes. O § 2º, por sua vez, pune com maior severidade (causa especial de aumento de pena) o fato perpetrado em período de grave crise econômica, mas não define essa expressão. Nos dizeres de Jorge César de Assis, "grave crise econômica" é o período "em que haja um desequilíbrio acentuado nas relações econômico-financeiras do país, com quebradeira de bancos, queda violenta das bolsas de valores, recessão

generalizada, etc.”[1846].

• **Elemento subjetivo:** este delito admite apenas a forma dolosa, a vontade livre e consciente de impedir, perturbar ou fraudar o processo licitatório.

• **Consumação:** o delito se consuma com o impedimento, perturbação ou fraude do processo licitatório em que haja maior onerosidade ao Erário.

• **Tentativa:** admite-se.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 335 do Código Penal comum (assim como no art. 377 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), bem como na Lei n. 8.666/93 (arts. 93 e 95), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato afete a Administração Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

8. *SURSIS*, LIVRAMENTO CONDICIONAL E LIBERDADE PROVISÓRIA

Os delitos previstos neste capítulo são suscetíveis de suspensão condicional da pena, por não estarem nas vedações do art. 88, II, *a*, do CPM.

Discute-se a previsão do art. 617, II, *a*, do CPPM, que menciona crime

de “desacato” presumindo-se não ser cabível o *sursis* nos crimes dos arts. 298 e 299, contudo, anuímos na visão de Ronaldo João Roth, ao entender cabível a suspensão condicional da pena para os crimes de desacato, mormente se tendo em conta que esse benefício se trata de um direito público subjetivo do condenado, devendo, pois, prevalecer a norma de direito penal castrense material, ou seja, o Código Penal Militar. Nos dizeres do autor, em conclusão:

“Desse modo, é de se concluir o acerto dos precedentes judiciais trazidos à colação, tornando segura *a aplicação do CPM, ao estatuir o direito do benefício do sursis ao condenado por crime de desacato, nos termos legais*, fato esse que evidencia como concreto o trabalho corretivo da lei e, mais uma vez, permite a citação e a ensinança de Carlos Maximiliano, de que: ‘*é o magistrado, em escala reduzida, um sociólogo em ação, um moralista em exercício; pois a ele incumbe vigiar pela observância das normas reguladoras da coexistência humana, prevenir e punir as transgressões das mesmas*”**[1847]**.

O livramento condicional também é cabível sem imposição de requisitos especiais. A liberdade provisória também poderá ser concedida nestes delitos, com exceção daqueles capitulados nos arts. 299 e 302 do CPM, onde a liberdade provisória é vedada expressamente por força da letra *b* do parágrafo único do art. 270 do CPPM.

CRIMES MILITARES EM TEMPO DE PAZ: DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR

Antes de prosseguirmos na análise dos tipos penais deste capítulo, gostaríamos de destacar nossa peculiar visão acerca da sujeição ativa por militar inativo ou por civil nos crimes contra a administração da Justiça Militar.

Caso observemos a tipicidade indireta com base no art. 9º do CPM, verificaremos que o civil e os militares da reserva e reformados somente praticarão crimes militares na exceção, em especial se preenchidas as circunstâncias do inciso III e suas alíneas.

Ocorre que o *caput* do inciso III exige, como já firmamos nos comentários à Parte Geral, que o fato, para ser crime militar praticado por inativo ou por civil, atente contra a Instituição Militar. Ora, se os crimes que passaremos a estudar são crimes contra a administração da Justiça Militar, órgão do Poder Judiciário, não podem eles, ao serem perpetrados, afetar a Instituição Militar, integrante do Poder Executivo.

Nessa linha de raciocínio, entendemos que os crimes contra a administração da Justiça Militar somente podem ser praticados por militares da ativa, devendo-se, nos casos em que um militar inativo ou civil for pretensamente sujeito ativo desses delitos, buscar subsunção na legislação penal comum.

Malgrado nossa visão, reconhecemos que é ela ainda inaugural, sendo quase unânime a compreensão contrária, ou seja, a de que civil e militares inativos, a depender apenas dos elementos típicos de cada delito em espécie,

podem praticar crimes contra a administração da Justiça Militar, razão pela qual faremos os comentários apenas focando a análise nos elementos de cada tipo penal.

1. RECUSA DE FUNÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR

• **Tipo legal**

Art. 340. Recusar o militar ou assemelhado exercer, sem motivo legal, função que lhe seja atribuída na administração da Justiça Militar:

Pena – suspensão do exercício do posto ou cargo, de dois a seis meses.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, compreendido nos termos do art. 22 do CPM. Como defendemos, o assemelhado é figura extinta em nosso Direito, não figurando, portanto, no polo ativo. Deve-se lembrar que o oficial da reserva remunerada sorteado, para compor Conselho de Justiça especial, tem como condição sua precedente reversão ao serviço ativo, o que importa em ratificar que somente o militar da ativa cometeria este delito, por exemplo, ao se recusar a compor Conselho de Justiça.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "recusar", ou seja, negar, colocar-se contra. O autor recusa função na Justiça Militar. A única função que o autor pode ter na Justiça Militar é a de Juiz Militar; portanto, o delito existe quando o Oficial se nega a assumir a função de Juiz. Evidentemente, se houver motivo legal que o impeça de assumir tal função, inexistirá o delito. O assunto vem disciplinado, por exemplo, pela Lei n. 8.457, de 4 de setembro de 1992, que versa sobre os Conselhos de Justiça, seu funcionamento, sorteio de Oficiais etc. Tão somente Oficiais é que compõem os Conselhos Especiais (processa e julga Oficiais) e Permanentes (processa e julga Praças) de Justiça, o que se vê corroborado pela pena prevista (suspensão do exercício de posto).

• **Elemento subjetivo:** é somente o dolo.

• **Consumação:** o delito se consuma com a recusa do autor.

• **Tentativa:** impossível, pois é delito de mera conduta.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar).

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

2. DESACATO

• **Tipo legal**

Art. 341. Desacatar autoridade judiciária militar no exercício da função ou em razão dela:

Pena – reclusão, até quatro anos.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o militar da reserva ou reformado, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1848]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar, funcionando o Juiz (togado ou militar) desacatado como vítima secundária,

sujeito passivo mediato ou ofendido.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "desacatar", faltar com o respeito, com o acatamento, desmerecer, seja por palavras, seja por escritos, desenhos, gestos ou qualquer outra forma que se faça perceber o desrespeito do autor para com o juiz, seja ele togado, seja ele militar; é imprescindível que o juiz esteja no desempenho de sua função ou tenha sido desrespeitado em razão dela para a caracterização do delito.

• **Elemento subjetivo:** única e exclusivamente o dolo, a vontade livre e consciente de desrespeitar a autoridade judiciária militar.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de qualquer ato que se traduza no desrespeito, seja palavra, seja escrito, gesto etc.

• **Tentativa:** é possível caso o autor o faça por escrito, que é interceptado por circunstâncias alheias à sua vontade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

3. COAÇÃO

• **Tipo legal**

Art. 342. Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona, ou é chamada a intervir em inquérito policial, processo administrativo ou judicial militar:

Pena – reclusão, até quatro anos, além da pena correspondente à violência.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o militar da reserva ou reformado, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1849]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar, funcionando o ofendido como vítima secundária ou sujeito passivo mediato.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "usar". No caso, o autor faz uso de violência (física) ou grave ameaça (capaz de intimidar e de execução possível) com a intenção de favorecer interesse próprio ou de terceiro; o interesse em questão é o de ser favorecido em processo (penal, cível ou administrativo) pressionando autoridade (encarregada ou presidente do processo, podendo ser Juiz, Promotor de Justiça, Oficial, Delegado de Polícia etc.), parte (um dos polos da demanda) ou qualquer outra pessoa (escrivão, auxiliar, encarregado de diligência etc.). A coação deve ser exercida sobre a própria autoridade, parte ou outrem para a caracterização deste delito.

A pena fixada prevê o concurso de crimes quando da violência sobrevém lesão corporal ou morte.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de dar causa à instauração de procedimento ou processo contra o ofendido.

• **Consumação:** o delito se consuma com a instauração do procedimento ou do processo.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 344 do Código Penal comum (assim como no art. 385 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato atente contra a Justiça Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

4. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA

• **Tipo legal**

Art. 343. Dar causa à instauração de inquérito policial ou processo judicial militar contra alguém, imputando-lhe crime sujeito à jurisdição militar, de que o sabe inocente:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Agravação de pena

Parágrafo único. A pena é agravada, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o militar da reserva ou reformado, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1850]**.

Irrelevante, deve-se ressaltar, o fato de a notícia ter sido veiculada por advogado em nome de seu cliente, por exemplo, em uma representação ou petição em que imputa falsamente a prática de delito a alguém, dando causa à instauração de um inquérito policial militar ou processo judicial militar, o que pode, inclusive, levar o defensor constituído à coautoria no mesmo delito, com a observação de que, se o defensor não for militar, haverá a hipótese de delito comum previsto no art. 339 do CP.

Nessa linha, o saudoso Mirabete muito bem ensina: “Em tese, também o advogado pode praticar o delito como autor ou coautor, mesmo no exercício do mandato, se agiu com a consciência da falsidade da imputação feita por seu cliente. (...)”**[1851]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar, funcionando o ofendido como vítima secundária ou sujeito passivo mediato.

• **Elementos objetivos:** o delito é o de comunicação de fato (preciso e determinado), que é previsto como crime militar, ensejando a instauração de IPM (Inquérito Policial Militar) ou de processo judicial militar (processo-crime na Justiça Militar). O autor sabe que a pessoa que acusa de autoria de crime militar é inocente, o que torna sua denunciação caluniosa, visto que calúnia é a imputação falsa de crime; isso quer dizer que tanto o delito pode ser inexistente como pode ter existido e ter sido cometido por outrem; assim, a denunciação caluniosa absorve a calúnia; a comunicação aqui expressa pode ser verbal, escrita, direta (feita pelo próprio autor) ou indireta (usando um terceiro); a instauração de IPM, elementar do tipo, pode ser por qualquer das formas expressas no art. 10 do CPPM, especialmente a portaria de ofício pela autoridade competente; quanto à instauração de processo judicial militar, entenda-se o recebimento da denúncia formulada pelo Ministério Público pelo Juiz Auditor.

O parágrafo único prevê pena mais severa ao autor que se utilizar de

anonimato (não indicar seu nome) ou de nome suposto (falso) por ocasião da apresentação da denúncia, o que se mostra pertinente, em vista da responsabilidade que ato dessa ordem (imputação de crime a alguém) enseja e do maior dolo de prejuízo daquele que o faz ocultando sua identificação.

Por derradeiro, deve-se distinguir o delito em estudo daquele previsto no art. 214 do Código Penal Militar, que tipifica a calúnia. Na visão doutrinária, entende-se que o crime de denunciação caluniosa absorverá o crime de calúnia.

Acerca do conflito aparente entre os delitos supracitados, embora no Direito Penal comum mas com perfeita aplicação ao Direito Penal Militar, conveniente citar as lições de Rogério Greco:

"Para que ocorra a calúnia, basta que ocorra a imputação falsa de um fato definido como crime; para fins de configuração da denunciação caluniosa (art. 339 do CP), deve ocorrer a imputação de crime a alguém que o agente sabe inocente, sendo fundamental que o seu comportamento dê causa à instauração de investigação policial (...).

A calúnia, concorrendo com a denunciação caluniosa, é por esta absorvida. (...)"**[1852]**.

Nessa mesma linha, Bitencourt: "A denunciação caluniosa absorve a calúnia, pelo princípio da consunção, e dela se distingue, porque naquela a imputação falsa de fato definido como crime é levada ao conhecimento da autoridade, motivando a instauração de investigação policial ou de processo judicial"**[1853]**.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo específico, pois o autor tem a vontade livre e consciente de coagir a vítima para satisfazer interesse próprio ou alheio.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática da violência ou da grave ameaça.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer

pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 339 do Código Penal comum (assim como no art. 380 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato afete a administração da Justiça Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

5. COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME

• **Tipo legal**

Art. 344. Provocar a ação da autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime sujeito à jurisdição militar, que sabe não se ter verificado:

Pena – detenção, até seis meses.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa quanto o inativo, federal ou estadual, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1854]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar.

• **Elementos objetivos:** o delito tem como núcleo da conduta “provocar”. O autor provoca, enseja, dá causa à ação da autoridade, que tanto

pode ser judicial como policial, não se excluindo, evidentemente, o Ministério Público. A provocação se dá pela comunicação (escrita, verbal, telefônica, por *e-mail* etc.) direta (feita pelo próprio autor) ou indireta (usando um terceiro), de fato (certo e determinado) que a legislação penal militar define como crime. O autor sabe que o delito que comunica não ocorreu, o que torna sua ação delituosa; a resposta da autoridade à provocação do autor se caracteriza pela adoção de qualquer ato formal como a coleta de dados, a investigação preliminar do fato, a tomada de suas declarações em termo, a instauração de Inquérito Policial Militar etc. O autor também pode utilizar-se do anonimato (não indicar seu nome) ou de nome suposto (falso) por ocasião da apresentação da denúncia; contudo, aqui, o fato não funciona como agravante. Difere o presente tipo da denunciação caluniosa, pois naquele se imputa a conduta criminosa a alguém determinado, enquanto aqui não se aponta autor, mas tão somente o fato delituoso.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de provocar a ação da autoridade com a comunicação do falso crime.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de qualquer ato oficial por parte da autoridade que recebe a comunicação do autor.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 340 do Código Penal comum (assim como no art. 381 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato afete a administração da Justiça Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

6. AUTOACUSAÇÃO FALSA

• **Tipo legal**

Art. 345. Acusar-se, perante a autoridade, de crime sujeito à jurisdição militar, inexistente ou praticado por outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa quanto o inativo, federal ou estadual, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1855]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar.

• **Elementos objetivos:** o delito tem como núcleo da conduta "acusar-se". O sujeito ativo se aponta como autor de conduta definida como crime militar perante a autoridade, que pode ser judicial (Juiz) ou administrativa (superior hierárquico, representante do Ministério Público). Ocorre que o crime de que o autor se acusou inexiste ou foi praticado por outrem, ou seja, ele tenta ludibriar a Justiça colocando-se como autor de conduta que não praticou, independente do motivo que o determinou; essa autoacusação pode ser feita por escrito, verbalmente, por telefone, por *e-mail* etc., direta (feita pelo próprio autor) ou indiretamente (usando um terceiro). O autor também pode utilizar-se do anonimato (não indicar seu nome) ou de nome suposto (falso) por ocasião da apresentação de seu nome como autor do delito; contudo, aqui, tal circunstância não funciona como agravante.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de

apontar-se como autor de delito que não cometeu.

• **Consumação:** o delito se consuma quando a autoridade toma conhecimento da autoacusação falsa.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 341 do Código Penal comum (assim como no art. 382 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato afete a administração da Justiça Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

7. FALSO TESTEMUNHO OU FALSA PERÍCIA

• **Tipo legal**

Art. 346. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, em inquérito policial, processo administrativo ou judicial, militar:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

Aumento de pena

§ 1º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado mediante suborno.

Retratação

§ 2º O fato deixa de ser punível, se, antes da sentença o agente se retrata ou declara a verdade.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar e, subsidiariamente, a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa como o inativo, federal ou estadual, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1856]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar.

• **Elementos objetivos:** o delito é de falsidade daquele que tem o dever de ofício de auxiliar a Justiça Militar ou a Administração Militar na apuração dos fatos. O autor, na qualidade de testemunha (pessoa chamada a falar em processo sobre fato que seja relevante à apuração), perito (técnico incumbido de emitir parecer acerca de questão relativa à sua aptidão ou conhecimento, geralmente decorrente de exame de prova material de interesse ao processo), tradutor (pessoa capaz de realizar versão de escrito estrangeiro para o idioma nacional) ou intérprete (pessoa capaz de fazer com que outras duas que se utilizam de idiomas diversos possam entender-se), faz afirmação falsa, nega ou cala (omite) a verdade, fazendo-o em Inquérito Policial Militar, processo judicial militar ou em processo administrativo militar, como é o caso do Conselho de Justificação, Conselho de Disciplina e Processo Administrativo Disciplinar (este último é o nome do processo que visa apurar a compatibilidade ética da permanência da Praça com menos de dez anos de serviço acusada de desvio de conduta na Polícia Militar paulista).

O § 1º prevê pena mais severa nos casos em que a falsidade perpetrada no testemunho ou na perícia se fizer em decorrência de obtenção de

vantagem indevida (suborno).

O § 2º extingue a punibilidade (e não a ilicitude; permanecendo, portanto, os eventuais efeitos da condenação) nos casos em que o autor, antes da sentença, retrata-se (afirma que mentiu, calou ou negou a verdade) ou declara a verdade (diz o que realmente deveria ter sido dito), isso como forma de evitar o prejuízo maior que seria a decisão final equivocada por ter-se lastreado em falso testemunho ou perícia.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de falsear, negar ou calar a verdade.

• **Consumação:** o delito se consuma com a apresentação do laudo técnico ou da tradução, bem como com o fecho do depoimento da testemunha ou ainda com a versão falsa dada pelo intérprete.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 342 do Código Penal comum (assim como no art. 383 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato afete a administração da Justiça Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

8. CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA, PERITO OU INTÉRPRETE

• **Tipo legal**

Art. 347. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, tradução ou interpretação, em inquérito policial, processo administrativo ou judicial, militar, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar, e, subsidiariamente, a Administração Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa como o inativo, federal ou estadual, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1857].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar.

• **Elementos objetivos:** os núcleos das condutas são "dar" (entregar), "oferecer" (propor com entrega imediata) ou "prometer" (propor com entrega futura). O autor dá, oferece ou promete vantagem (de qualquer espécie) indevida; em regra, a vantagem é de ordem patrimonial (o *caput* até menciona "dinheiro"), mas como o tipo não a restringe, há tipicidade em qualquer que seja o tipo dela. A entrega, oferecimento ou promessa da vantagem ocorre como forma de convencer a testemunha (pessoa chamada a falar em processo sobre fato que seja relevante à apuração), perito (técnico incumbido de emitir parecer acerca de questão relativa a sua aptidão ou conhecimento, geralmente decorrente de exame de prova material de interesse ao processo), tradutor (pessoa capaz de realizar versão de escrito estrangeiro para o idioma nacional) ou intérprete (pessoa capaz de fazer com que outras duas que se utilizam de idiomas diversos possam entender-se), a fazer afirmação falsa, negar ou calar (omitir) a verdade em Inquérito Policial Militar, processo judicial militar ou em processo administrativo militar, como é o caso do Conselho de Justificação,

Conselho de Disciplina e Processo Administrativo Disciplinar (este último é o nome do processo que visa apurar a compatibilidade ética da permanência da Praça com menos de 10 anos de serviço acusada de desvio de conduta na Polícia Militar paulista). O crime existe e se consuma mesmo que a vantagem oferecida não seja aceita.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo específico, uma vez que o autor pretende dar, oferecer ou prometer a vantagem com o fim determinado de que se pratique o falso testemunho ou perícia.

• **Consumação:** o delito se consuma com a dação, oferta ou promessa da vantagem, independente do resultado de sua conduta.

• **Tentativa:** é admissível na modalidade escrita.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 343 do Código Penal comum (assim como no art. 384 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato afete a administração da Justiça Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

9. PUBLICIDADE OPRESSIVA

• **Tipo legal**

Art. 348. Fazer pela imprensa, rádio ou televisão, antes da intercorrência de decisão definitiva em processo penal militar, comentário tendente a exercer pressão sobre declaração de testemunha ou laudo de perito:

Pena – detenção, até seis meses.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1858]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "fazer" e o objeto é comentário. O autor faz comentário por meio de imprensa (qualquer que seja a modalidade), rádio ou televisão; o comentário feito tem a intenção de pressionar testemunha ou perito; não chega à coação por não ser procedido mediante violência ou ameaça, mas visa influenciar; não se faz necessário que o perito ou a testemunha se sintam pressionados; basta a capacidade de promover tal interferência. Destaque-se o momento do comentário, que deve ser precedente ao trânsito em julgado da sentença de cujo processo é a testemunha ou o perito, mesmo porque, se fosse depois, acabaria por se perder o objetivo dessa publicidade opressiva.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo específico pois a intenção é fazer o comentário, mas com fim certo, que é causar pressão sobre testemunha ou perito.

• **Consumação:** o delito se consuma com a divulgação pela imprensa do comentário.

• **Tentativa:** possível, no caso de se gravar o comentário, encaminhá-lo à publicação, mas não ser exibido por circunstâncias alheias à vontade do autor.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 386 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM, na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato afete a administração da Justiça Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

10. DESOBEDIÊNCIA A DECISÃO JUDICIAL

• **Tipo legal**

Art. 349. Deixar, sem justa causa, de cumprir decisão da Justiça Militar, ou retardar ou fraudar o seu cumprimento:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

§ 1º No caso de transgressão dos arts. 116, 117 e 118, a pena será cumprida sem prejuízo da execução da medida de segurança.

§ 2º Nos casos do art. 118 e seus §§ 1º e 2º, a pena pela desobediência é aplicada ao representante, ou representantes legais, do estabelecimento, sociedade ou associação.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa como o inativo, federal ou estadual, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)[1859].

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar.

• **Elementos objetivos:** é, em verdade, uma particularização do delito de desobediência. O núcleo da conduta é "deixar". O autor deixa de cumprir determinação judicial, seja essa decisão interlocutória, seja final; aqui, o autor faz quando, por determinação judicial, deveria "não fazer" (ação), ou não cumpre a referida ordem (omissão); da mesma forma há crime quando ele retarda (cumpre, mas atrasa) ou frauda (ação que engana, ilude, falseia) a determinação judicial. A justa causa, integrante do próprio tipo, exclui a ilicitude.

O § 1º prevê que se a desobediência decorrer do descumprimento de uma das medidas de segurança previstas nos arts. 116 (exílio local), 117 (proibição de frequentar determinados locais) ou 118 (interdição de estabelecimento, sociedade ou associação), a pena da desobediência será cumprida sem prejuízo da medida de segurança; já o § 2º estende a pena de desobediência aos representantes do estabelecimento, sociedade ou associação, ressalvada aqui a impossibilidade constitucional das Justiças Militares dos Estados processarem civis.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, exclusivamente.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática ou a omissão que caracterize o não cumprir, o retardar ou o fraudar a decisão judicial.

• **Tentativa:** possível, nas posturas comissivas, especialmente ao tentar fraudar o cumprimento da determinação judicial.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se

verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

11. FAVORECIMENTO PESSOAL

• **Tipo legal**

Art. 350. Auxiliar a subtrair-se à ação da autoridade autor de crime militar, a que é cominada pena de morte ou reclusão:

Pena – detenção, até seis meses.

Diminuição de pena

§ 1º Se ao crime é cominada pena de detenção ou impedimento, suspensão ou reforma:

Pena – detenção, até três meses.

Isenção de pena

§ 2º Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento da pena.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa como o inativo, federal ou estadual, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1860]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "auxiliar a subtrair-se". O autor ajuda pessoa que cometeu crime militar a se eximir, a se esconder, da ação da autoridade competente, seja ela judicial ou administrativa (policial); o auxílio pode ser para fuga, esconderijo etc.

Caso aquele a quem se ajudou venha a ser absolvido pelo delito de que era acusado, inexistirá, por consequência, favorecimento pessoal de quem o auxiliou.

O *caput* pune com maior rigor o favorecimento pessoal prestado a autor de delito que comine pena de morte ou reclusão e o § 1º, com pena mais branda, o autor de delito punível com detenção, impedimento, suspensão ou reforma.

O § 2º, na mesma linha dos delitos afins, isenta de pena o autor que favorecer ascendente (pais, avós, bisavós etc.), descendentes (filhos, netos, bisnetos etc.), cônjuge ou irmão, em vista da força exercida pelo vínculo familiar.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de ajudar autor de crime militar a esquivar-se da ação da autoridade.

• **Consumação:** o delito se consuma quando a pessoa que praticou o crime militar consegue esquivar-se da ação da autoridade em vista do auxílio que lhe foi prestado pelo autor.

• **Tentativa:** admissível, quando o auxílio é prestado e o beneficiário não consegue esquivar-se da ação da autoridade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 348 do Código Penal comum (assim como no art. 392 do CP comum de

1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato afete a administração da Justiça Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

12. FAVORECIMENTO REAL

• **Tipo legal**

Art. 351. Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa como o inativo, federal ou estadual, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1861]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "prestar" (auxílio). O autor auxilia agente de crime (não pode ser contravenção) anterior (já ocorrido), auxílio esse que proporciona segurança ao proveito do crime (objeto material do delito, o preço e as coisas obtidas com a prática criminosa), assegurando-lhe a posse ou o gozo; o próprio enunciado exclui a coautoria (no delito anterior) e a receptação (aquisição, recebimento ou ocultação de coisa que sabe ser produto

de crime); este delito não contempla a mesma isenção do tipo anterior (conferida a ascendente, descendente, cônjuge ou irmão), pois a ajuda se dá quanto à coisa, e não em relação à pessoa com quem se tem o vínculo; o presente delito se caracteriza independentemente do fato de o delito anterior ter suas circunstâncias esmiuçadas, bastando que se prove que a *res* em questão é fruto de delito prévio.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de ajudar autor de crime a garantir o produto de seu delito.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prestação do auxílio proporcionada pelo autor, independente do fato de ela proporcionar ou não segurança ao proveito de crime.

• **Tentativa:** admissível, já que é delito plurissubsistente.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 349 do Código Penal comum (assim como no art. 393 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato afete a administração da Justiça Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

13. INUTILIZAÇÃO, SONEGAÇÃO OU DESCAMINHO DE MATERIAL

PROBANTE

• **Tipo legal**

Art. 352. Inutilizar, total ou parcialmente, sonegar ou dar descaminho a autos, documento ou objeto de valor probante, que tem sob guarda ou recebe para exame:

Pena – detenção, de seis meses a três anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se a inutilização ou o descaminho resulta de ação ou omissão culposa:

Pena – detenção, até seis meses.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa como o inativo, federal ou estadual, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1862]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "inutilizar", "sonegar" ou "dar" (descaminho). O autor inutiliza (faz perder a utilidade, torna imprestável, inservível), sonega (nega-se a fornecer ou a devolver), ou dá descaminho (perde, faz desaparecer, dá destino diverso do correto ou esperado) a autos (de processo) ou a qualquer documento ou objeto que tenha valor de prova perante a Justiça Militar (em face da objetividade jurídica); ocorre que tal material estava com o autor sob sua guarda (o escrivão do feito, p. ex.) ou lhe fora entregue para exame (avaliação, mensuração, parecer, perícia, tradução). Em Direito Penal comum, o delito em questão é próprio de advogado, mas em Direito Penal Militar envolve qualquer um que tenha acesso a tal tipo de material (probante).

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de inutilizar, sonegar ou dar descaminho a material probante, e a culpa, expressa no parágrafo único.

• **Consumação:** o delito se consuma com a inutilização, sonegação ou descaminho do material probante.

• **Tentativa:** admissível, exceto na modalidade culposa e na omissiva (sonegação).

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto não há idêntica tipificação nos dois diplomas penais (comum e militar). Caso o autor seja militar da reserva remunerada, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

14. EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO

• **Tipo legal**

Art. 353. Solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha, na Justiça Militar:

Pena – reclusão, até cinco anos.

Aumento de pena

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço, se o agente alega ou

insinua que o dinheiro ou utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas no artigo.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa como o inativo, federal ou estadual, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1863]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "solicitar" ou "receber". O autor solicita (pede) ou recebe (ganha) vantagem (dinheiro ou outra qualquer espécie) a fim de influenciar em juiz, representante ou funcionário do Ministério Público, funcionário do Poder Judiciário, perito, tradutor, intérprete ou testemunha na Justiça Militar; obviamente essa influência tem como objetivo o favorecimento de alguém em processo que tramita na Corte Castrense. O delito repousa no fato de que o autor invoca proximidade com pessoa (ligada por ofício a processo) e se propõe a influenciá-lo a beneficiar terceiro; para tanto pede a vantagem, ou, ainda, o beneficiário, acreditando que será favorecido, concede a vantagem pretendida pelo autor, que a recebe. É indispensável que esse poder de influência de que o autor se arvorou tenha um mínimo de credibilidade, pois, caso contrário, inexistirá o delito, em face do bem jurídico tutelado pelo tipo não ter sido maculado.

No parágrafo único, a pena é agravada, se o autor alega (afirma) ou insinua (dá a entender) que a vantagem que está conseguindo ou buscando (solicitando) é também destinada à autoridade (juiz, promotor de justiça), funcionário (do Ministério Público ou do Poder Judiciário), testemunha (pessoa chamada a depor no processo para servir como prova), perito (técnico chamado ao processo para exame de pessoas ou coisas e se manifestar, em face de sua área de conhecimento), tradutor (pessoa capaz de verter documento apresentado em língua estrangeira para o idioma nacional) ou intérprete (pessoa capaz de fazer com que outras que tenham de comunicar-se em idiomas diversos possam entender-se) que estaria influenciando para favorecimento de terceiro; a agravante se explica por si só, pois, ao dizer que a vantagem alcançará a

autoridade, testemunha ou funcionário, a mácula à lisura da Justiça Militar é bem maior, o que enseja apenamento mais severo.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de solicitar ou receber a vantagem.

Consumação: o delito se consuma com o pedido ou a obtenção de vantagem.

• **Tentativa:** é admissível, caso o pedido tenha sido interceptado antes de chegar ao destinatário.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa, porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 357 do Código Penal comum (assim como no art. 402 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato afete a administração da Justiça Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

15. DESOBEDIÊNCIA A DECISÃO SOBRE PERDA OU SUSPENSÃO DE ATIVIDADE OU DIREITO

• **Tipo legal**

Art. 354. Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão da Justiça Militar:

Pena – detenção, de três meses a dois anos.

• **Objetividade jurídica:** é a administração da Justiça Militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF)**[1864]**.

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Justiça Militar.

• **Elementos objetivos:** é, em verdade, uma particularização do delito de desobediência. O núcleo da conduta é "exercer". O autor exerce algo de que foi privado (proibido definitivamente) ou suspenso (proibido provisoriamente) por decisão transitada em julgado da Justiça Militar; a privação ou suspensão em questão refere-se ao exercício de função (encargo derivado de lei, convenção ou decisão judicial, como tutores, curadores, inventariantes, síndicos, diretores de hospital, escola etc.), atividade (profissão, ofício ou ministério), direito (poder falimentar, autoridade marital, político etc.), autoridade (desempenho de funções em que há competência para impor suas decisões) ou múnus (encargo decorrente de lei ou de decisão judicial, como o de ser jurado, defensor dativo etc.)**[1865]**.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, exclusivamente.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática de qualquer ato próprio da função, atividade, direito, autoridade ou múnus de que o autor foi privado ou suspenso.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** como o delito pode ser perpetrado por qualquer pessoa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, se o sujeito ativo for militar da ativa,

porquanto, ainda que o tipo penal militar se aproxime da descrição típica prevista no art. 359 do Código Penal comum (assim como no art. 405 do CP comum de 1969 – Dec.-Lei n. 1.004, de 21-10-1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor, mas que pretensamente seria o parâmetro de comparação para o CPM), na lei penal militar há elementos que substancialmente diferenciam as duas previsões, em especial a exigência de que o fato afete a administração da Justiça Militar. Caso o autor seja militar da reserva, reformado ou civil, este apenas no âmbito da Justiça Militar da União, deve-se buscar a complementação típica no inciso III do art. 9º, também, do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

16. *SURSIS*, LIVRAMENTO CONDICIONAL E LIBERDADE PROVISÓRIA

Os delitos previstos neste capítulo são suscetíveis de suspensão condicional da pena, conforme se extrai do disposto no art. 88 do CPM, não havendo restrições para a concessão do livramento condicional.

A liberdade provisória também poderá ser concedida nestes delitos, respeitados os parâmetros do art. 270 do CPPM.

CAPÍTULO IX

BREVES COMENTÁRIOS AOS CRIMES MILITARES EM TEMPO DE GUERRA

1. DO FAVORECIMENTO AO INIMIGO

1.1. Da traição

1.1.1. Traição

• **Tipo legal**

Art. 355. Tomar o nacional armas contra o Brasil ou Estado aliado, ou prestar serviço nas Forças Armadas de nação em guerra contra o Brasil:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

• **Objetividade jurídica:** é a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "tomar" (armas) e "prestar" (serviço). O autor, nacional, toma armas (combate, faz guerra) contra o Brasil ou aliado dele ou ainda, mesmo sem combater, presta serviço às Forças Armadas de país com quem o Brasil está em guerra. O autor responde por traição, pois passa a defender nação contrária à sua e agindo contra os interesses dela, abandonando o patriotismo e o civismo mínimos esperados de um nacional.

Para o legislador castrense, segundo o art. 26 do CPM, “nacional” e “brasileiro” são os que a Constituição Federal (em seu art. 12) enumerar como brasileiros, ou seja, tanto o nato como o naturalizado.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de servir às Forças Armadas que estão em guerra contra o Brasil.

• **Consumação:** o delito se consuma com o ingresso do autor nas Forças Armadas do país oponente ou, mesmo sem ingressar formalmente nessa força, pratica qualquer ato de beligerância contra o Brasil.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.1.2. Favor ao inimigo

• Tipo legal

Art. 356. Favorecer ou tentar o nacional favorecer o inimigo, prejudicar ou tentar prejudicar o bom êxito das operações militares, comprometer ou tentar comprometer a eficiência militar:

I – empreendendo ou deixando de empreender ação militar;

II – entregando ao inimigo ou expondo a perigo dessa consequência navio, aeronave, força ou posição, engenho de guerra motomecanizado, provisões ou qualquer outro elemento de ação militar;

III – perdendo, destruindo, inutilizando, deteriorando ou expondo a perigo de perda, destruição, inutilização ou deterioração, navio, aeronave, engenho de guerra motomecanizado, provisões ou qualquer outro elemento de ação militar;

IV – sacrificando ou expondo a perigo de sacrifício força militar;

V – abandonando posição ou deixando de cumprir missão ou ordem:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

• **Objetividade jurídica:** é a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, bem como o civil, este exclusivamente na esfera federal. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "favorecer" (inimigo), "prejudicar" (operações) e "comprometer" (eficiência) ou "tentar" qualquer dessas condutas. O autor, nacional (art. 26 do CPM c/c o art. 12 da CF), favorece o inimigo, prejudica o bom êxito das operações militares, compromete a eficiência militar (bom emprego dos meios) ou ainda tenta praticar qualquer dessas condutas; tais posturas, entretanto, só serão delituosas se o nacional perpetrá-las através das ações e omissões descritas nos 5 itens pelo próprio tipo, as quais tutelam o efetivo (recursos humanos), materiais (tanto os de combate como os de infraestrutura), posição estratégica (território dominado), autoridade, disciplina e dever militar.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de praticar ou se omitir em relação a qualquer das condutas enumeradas pelo tipo.

• **Consumação:** o delito se consuma com a prática ou omissão de cada qual das condutas apontadas na definição.

• **Tentativa:** a tentativa foi equiparada à consecução, estando excluídas, evidentemente, as posturas omissivas.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.1.3. Tentativa contra a soberania do Brasil

• **Tipo legal**

Art. 357. Praticar o nacional o crime definido no art. 142:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas ao delito de tentativa contra a soberania do Brasil, previsto no art. 142 do CPM, alterada tão somente a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra.

1.1.4. Coação a Comandante

Art. 358. Entrar o nacional em conluio, usar de violência ou ameaça, provocar tumulto ou desordem com o fim de obrigar o comandante a não empreender ou a cessar ação militar, a recuar ou render-se:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

• **Objetividade jurídica:** é a segurança externa do País, bem como a autoridade do Comandante atingido e a disciplina militar; subsidiariamente, tutela-se a liberdade individual e até a integridade física do ofendido.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, bem como o civil, este exclusivamente na esfera federal. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País, e, secundariamente, a Instituição Militar e o Comandante coagido.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "entrar" (em conluio), "usar" (violência ou ameaça) ou "provocar" (tumulto ou desordem). O autor, nacional (art. 26 do CPM c/c o art. 12 da CF), entra em conluio, conchavo, combinação ou usa violência ou ameaça (coage física ou moralmente) ou cria estado de confusão (tumulto e desordem) para forçar o Comandante a não empreender ação militar (de qualquer espécie) ou cessar ação que já esteja empreendendo, ou ainda recuar (o que dá espaço à força inimiga) ou, por fim,

render-se (entregar-se); enfim, é o uso da conspiração, violência, ameaça ou desordem como forma de forçar o Comandante a não atacar, recuar ou render-se.

Esta previsão é mais severa que a coação prevista no art. 388 do CPM, visto que este delito é específico e atinge frontalmente a questão crucial da guerra, que são as ações militares, enquanto o outro é genérico (fere dever militar) e, por consequência, superficial, o que se confirma pelas penas aplicadas aos dois tipos.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo específico, a intenção, a vontade livre e consciente de coagir o Comandante com o intuito de fazer com que ele não empreenda ou cesse ação militar, recue ou se renda.

• **Consumação:** o delito se consuma com a submissão do ofendido ao autor.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.1.5. Informação ou auxílio ao inimigo

• **Tipo legal**

Art. 359. Prestar o nacional ao inimigo informação ou auxílio que lhe possa facilitar a ação militar:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

• **Objetividade jurídica:** aqui o bem jurídico protegido é, especialmente, a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados,

podendo ainda, em âmbito federal, exclusivamente, ser o civil. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "prestar". O autor, nacional (art. 26 do CPM c/c o art. 12 da CF), presta, fornece informação ou auxílio (de qualquer ordem) a inimigo (país com o qual o Brasil está em guerra). Não é necessário que o fornecimento da informação ou o auxílio promova qualquer outro prejuízo ao Brasil ou ainda desdobramento; basta que possa (tenha potencial para tanto) facilitar ação militar; é evidente que a informação ou auxílio prestado só será delituoso se macular o bem jurídico tutelado, ou seja, a segurança externa do País.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de prestar informação ou auxílio.

• **Consumação:** o delito se consuma com o fornecimento da informação ou auxílio ao inimigo.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.1.6. Aliciação de militar

• **Tipo legal**

Art. 360. Aliciar o nacional algum militar a passar-se para o inimigo ou prestar-lhe auxílio para esse fim:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

• **Objetividade jurídica:** aqui o bem jurídico protegido é, especialmente, a segurança externa do País, mas também a disciplina da caserna

e o dever militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, podendo ainda, em âmbito federal, exclusivamente, ser o civil. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País.

• **Elementos objetivos:** aliciar é atrair, seduzir, envolver, convencer. O nacional (art. 26 do CPM c/c o art. 12 da CF) alicia militar a passar-se para o inimigo, ou seja, desvincular-se ética e moralmente de seu País e passar a responder aos interesses de país com o qual o Brasil está em guerra; não é necessário que o militar incorpore à força inimiga, bastando, tão somente, que pratique qualquer ato contrário ao interesse do País. Responde pelo mesmo delito o autor que alicia militar a prestar auxílio (ajudar de qualquer forma) ao inimigo, mesmo sem se passar para o lado dele; esse convencimento pode ser exercido de qualquer forma, mas a verbal e a escrita são as mais usuais, especialmente a primeira, por não deixar prova material da mensagem difundida.

• **Elemento subjetivo:** só admite o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de aliciar o militar.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o receptor do chamamento se deixa seduzir e concorda com o autor; não é necessário que o militar pratique qualquer conduta, pois o mero acatamento do discurso que visa atrair militares para o ato delituoso já perturba a segurança externa.

• **Tentativa:** é discutível pela doutrina, mas entendemos ser possível quando o autor discursa, escreve ou de qualquer forma envia mensagem ao militar, mas não o convence. É pertinente destacar que, se forem vários os ouvintes do discurso de aliciação do autor, basta que ele convença tão somente um para a caracterização do delito.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.1.7. Ato prejudicial à eficiência da tropa

• **Tipo legal**

Art. 361. Provocar o nacional, em presença do inimigo, a debandada de tropa, ou guarnição, impedir a reunião de uma ou outra ou causar alarme, com o fim de nelas produzir confusão, desalento ou desordem:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

• **Objetividade jurídica:** aqui o bem jurídico protegido é, especialmente, a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, podendo ainda, em âmbito federal, exclusivamente, ser o civil. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "provocar" (debandada), "impedir" (reunião) e "causar" (alarme). O autor, nacional (art. 26 do CPM c/c o art. 12 da CF), em presença do inimigo, provoca dispersão (perda da unidade e, por decorrência, da força) de tropa (guarnição que é uma fração de tropa destacada e designada para prover uma viatura ou um engenho de guerra motomecanizado a fim de fazê-lo funcionar com eficiência) ou impede a reunião dela (da tropa) ou causa alarme (aviso, alarde, alvoroço), tudo com a intenção de causar confusão (não se sabe o que ocorre e o que fazer), desalento (desânimo) ou desordem (ausência de ordem). Como o próprio nome do tipo traz, o autor promove ações no sentido de perturbar a eficiência (o bom emprego dos meios de que ela dispõe) da tropa.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo específico, a vontade livre e consciente de promover ações para gerar estado de confusão, desalento e desordem, e prejudicar a eficiência militar.

• **Consumação:** o delito se consuma com a debandada da tropa ou guarnição, com o impedimento da reunião delas ou com o acionamento do alarme.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.2. Da traição imprópria

1.2.1. Traição imprópria

• **Tipo legal**

Art. 362. Praticar o estrangeiro os crimes previstos nos arts. 356, n. I, primeira parte, II, III e IV, 357 a 361:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de dez anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas aos delitos relacionados no capítulo da traição, previstos nos arts. 356, n. I, primeira parte, II, III e IV, 357 a 361 todos do CPM, tendo sido alterada, tão somente, a qualidade do autor, que, aqui, é o estrangeiro.

1.3. Da cobardia

1.3.1. Cobardia

• **Tipo legal**

Art. 363. Subtrair-se ou tentar subtrair-se o militar, por temor, em presença do inimigo, ao cumprimento do dever militar:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

• **Objetividade jurídica:** aqui o bem jurídico protegido é, especialmente, a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, pois assim impõe o tipo. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "subtrair-se". O autor, por medo e em presença do inimigo, deixa de cumprir seu dever como militar; acovarda-se e deixa de se empenhar, seja de que forma for, no combate ao inimigo; a criminalização é estendida àquele que tenta subtrair-se do dever mas é impelido a cumpri-lo. Como militar, o autor tem treinamento e envolvimento ético-moral com a causa de seu País, devendo defendê-la até às últimas consequências, nos termos das ordens, leis e regulamentos que jurou cumprir; assim, não pode, no momento em que o País mais precisa de sua participação, virar-lhe as costas, deixá-lo à própria sorte; aqui, o autor não foge do local (fuga ou deserção); permanece ao alcance do Estado, mas não cumpre seu dever de ofício.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de furtar-se ao seu dever.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o militar deixa de cumprir seu dever ou quando tenta dele eximir-se.

• **Tentativa:** foi equiparada à consecução.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.3.2. Cobardia qualificada

• **Tipo legal**

Art. 364. Provocar o militar, por temor, em presença do inimigo, a debandada de tropa ou guarnição; impedir a reunião de uma ou outra, ou causar alarme com o fim de nelas produzir confusão, desalento ou desordem:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

• **Objetividade jurídica:** aqui o bem jurídico protegido é, especialmente, a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, pois assim impõe o tipo. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "provocar" (debandada), "impedir" (reunião) e "causar" (alarme). O autor, militar, em presença do inimigo, por força do medo que sente, provoca dispersão (perda da unidade e, por decorrência, da força) de tropa (guarnição que é uma fração de tropa destacada e designada para prover uma viatura ou um engenho de guerra motomecanizado a fim de fazê-lo funcionar com eficiência) ou impede a reunião dela (da tropa) ou causa alarme (aviso, alarde, alvoroço), tudo com a intenção de causar confusão (não se sabe o que ocorre e o que fazer), desalento (desânimo) ou desordem (ausência de ordem). Pelo medo que sente, o autor promove ações no sentido de perturbar a eficiência da tropa.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo específico, a vontade livre e consciente de, movido pelo medo, promover ações para gerar estado de confusão, desalento e desordem.

• **Consumação:** o delito se consuma com a debandada da tropa ou guarnição, com o impedimento de suas reuniões ou com o acionamento do alarme.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.3.3. Fuga em presença do inimigo

• **Tipo legal**

Art. 365. Fugir o militar, ou incitar à fuga, em presença do inimigo:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

• **Objetividade jurídica:** aqui o bem jurídico protegido é, especialmente, a segurança externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, pois assim impõe o tipo. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "fugir" e "incitar" (fuga). O autor, militar, em presença do inimigo, foge ou incentiva algum outro a fugir, seja por que motivo for; furta-se do combate com o inimigo ou convence outros para que o façam; é o ferimento ou, melhor dizendo, o abandono do dever no momento mais crucial, no instante de maior crise numa guerra, que é o entrevero, encontro, o choque das duas forças opositoras; daí a dosimetria ser a mais severa.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de fugir ou de incentivar outros para que o façam.

• **Consumação:** o delito se consuma com a fuga ou com o convencimento de outrem a empreendê-la.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do

CPM.

1.4. Da espionagem

1.4.1. Espionagem

- **Tipo legal**

Art. 366. Praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 143 e seu § 1º, 144 e seus §§ 1º e 2º, e 146, em favor do inimigo ou comprometendo a preparação, a eficiência ou as operações militares:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Caso de concurso

Parágrafo único. No caso de concurso por culpa, para execução do crime previsto no art. 143, § 2º, ou de revelação culposa (art. 144, § 3º):

Pena – reclusão, de três a seis anos.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas aos delitos de consecução ou revelação de notícia, informação ou documento, ou de penetração, todos com o fim de espionagem, previstos, respectivamente, nos arts. 143, 144 e 146 do CPM, alterada a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra, e acrescida a exigência de a conduta ser perpetrada em presença do inimigo ou comprometendo a preparação, eficiência ou operações militares.

1.4.2. Penetração de estrangeiro

- **Tipo legal**

Art. 367. Entrar o estrangeiro em território nacional, ou insinuar-se em força ou unidade em operações de guerra, ainda que fora do território nacional, a

fim de colher documento, notícia ou informação de caráter militar, em benefício do inimigo, ou em prejuízo daquelas operações:

Pena – reclusão, de dez a vinte anos, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** protegem-se a segurança interna e externa do País.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa estrangeira. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "entrar" ou "insinuar". O estrangeiro entra em território nacional, penetra em nossas fronteiras, com o intuito de colher notícia, informação ou documento de caráter militar para beneficiar inimigo ou prejudicar operação militar brasileira. O crime é, ainda, cometido pelo estrangeiro que se insinua em força ou unidade (brasileira) que esteja em operação de guerra, mesmo que fora do território nacional, com o mesmo fim.

• **Elemento subjetivo:** admite somente o dolo específico, pois a entrada em território, força ou unidade se dá com o objetivo específico de colher informação, notícia ou documento.

• **Consumação:** o delito se consuma com a entrada em território nacional ou com a insinuação em força ou unidade.

• **Tentativa:** é possível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.5. Do motim e da revolta

1.5.1. Motim, revolta ou conspiração

- **Tipo legal**

Art. 368. Praticar qualquer dos crimes definidos nos arts. 149 e seu parágrafo único, e 152:

Pena – aos cabeças, morte, grau máximo; reclusão, de quinze anos, grau mínimo. Aos coautores, reclusão, de dez a trinta anos.

Forma qualificada

Parágrafo único. Se o fato é praticado em presença do inimigo:

Pena – aos cabeças, morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo. Aos coautores, morte, grau máximo; reclusão, de quinze anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas aos delitos de motim, revolta e conspiração, previstos, respectivamente, nos arts. 149 e seu parágrafo único e 152 do CPM, alterada tão somente a dosimetria das penas em vista de terem sido perpetrados em tempo de guerra.

1.5.2. Omissão de lealdade militar

- **Tipo legal**

Art. 369. Praticar o crime previsto no art. 151:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas ao delito de omissão de lealdade militar, previsto no art. 151 do CPM, alterada tão somente a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra.

1.6. Do incitamento

1.6.1. Incitamento

- **Tipo legal**

Art. 370. Incitar militar à desobediência, à indisciplina ou à prática de crime militar:

Pena – reclusão, de três a dez anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem introduz, afixa ou distribui, em lugar sujeito à administração militar, impressos, manuscritos ou material mimeografado, fotocopiado ou gravado, em que se contenha incitamento à prática dos atos previstos no artigo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas ao delito de incitamento, previsto no art. 155 do CPM, alterada tão somente a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra.

1.6.2. Incitamento em presença do inimigo

- **Tipo legal**

Art. 371. Praticar qualquer dos crimes previstos no art. 370 e seu parágrafo, em presença do inimigo:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de dez anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas ao delito anterior, acrescidas tão somente do fato de as ações terem sido praticadas em presença (diante) do inimigo, o que aumenta a fragilidade da força militar e, em consequência, proporciona a alteração da dosimetria da pena.

1.7. Da inobservância do dever militar

1.7.1. Rendição ou capitulação

• **Tipo legal**

Art. 372. Render-se o comandante, sem ter esgotado os recursos extremos de ação militar; ou, em caso de capitulação, não se conduzir de acordo com o dever militar:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

• **Objetividade jurídica:** tutelam-se, além da segurança externa do País, a autoridade do comando superior, a disciplina militar e o dever militar, os quais devem estar ainda mais fortalecidos em face da guerra.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, que seja Comandante ou esteja em função de comando, seja de que fração de tropa for. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País, e, secundariamente, a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** os núcleos da conduta são "render-se" (entregar-se) ou "não se conduzir" (não observar). O autor, na função de Comandante de tropa, rende-se ao inimigo quando ainda tinha condições de combater, ferindo a essência do dever militar a que se obrigou, ainda mais em presença do inimigo. Da mesma forma que na fuga, aqui o Comandante, preparado que foi, abandona técnica e moralmente a sua formação militar e entrega a soberania de sua pátria ao inimigo, motivo pelo qual é apenado, em grau máximo, com a morte. Comete o mesmo delito o autor que não observar seus deveres, expressos em regulamentos, leis e convenções internacionais, no caso de capitulação, ou seja, quando perder a guerra.

• **Elemento subjetivo:** é tão somente o dolo, a vontade livre e consciente de render-se antes de exaurir sua força de combate ou faltar com seus deveres, quando da capitulação.

• **Consumação:** o delito se consuma com a rendição ou inobservância do dever militar por ocasião da capitulação.

• **Tentativa:** é possível.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.7.2. Omissão de vigilância

• **Tipo legal**

Art. 373. Deixar-se o comandante surpreender pelo inimigo.

Pena – detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Resultado mais grave

Parágrafo único. Se o fato compromete as operações militares:

Pena – reclusão, de cinco a vinte anos, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** tutelam-se, além da segurança externa do País, a disciplina e o dever militar, os quais devem estar ainda mais fortalecidos em face da guerra.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, que tenha ou esteja em função de comandamento. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País, e, secundariamente, a Instituição Militar e os componentes da tropa que foram sacrificados ou capturados.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "deixar". O autor permite que o inimigo o surpreenda, ou seja, o tome de surpresa, não sendo necessário, para a tipificação deste crime, que ele ou qualquer subordinado seu seja capturado ou mesmo que sobrevenha à capitulação. A inércia do Comandante é que propicia a surpresa de que é acometido, sendo certo que, pela

função que ocupa, deveria prevenir a ocorrência desse evento por meio do serviço de informações e de adoção de medidas de controle e profilaxia, as quais ignora. O parágrafo único prevê o qualificador pelo resultado, punindo com maior rigor a desídia que comprometer as operações militares.

• **Elemento subjetivo:** é somente o dolo, a vontade livre e consciente do Comandante de se deixar surpreender pelo inimigo.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o inimigo surpreende a fração de tropa sob a égide do Comandante omisso.

• **Tentativa:** é admissível, caso o inimigo seja impedido por outra força de investir contra o autor.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.7.3. Descumprimento do dever militar

• **Tipo legal**

Art. 374. Deixar, em presença do inimigo, de conduzir-se de acordo com o dever militar:

Pena – reclusão, até cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** tutelam-se, além da segurança externa do País, a disciplina militar e o dever militar, os quais devem estar ainda mais fortalecidos em face da guerra.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País, e, secundariamente, a Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "deixar" (omissão). O autor deixa de cumprir o dever militar em presença do inimigo, ou seja, quando a situação mais exigir de seu comprometimento moral com os valores éticos que o dever militar lhe impõe, o autor os renuncia, deixando de observar preceitos previstos em regulamentos, leis e convenções internacionais, sendo crime residual, uma vez que há outras previsões que disciplinam a omissão em combate ou quando da capitulação.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de deixar de cumprir o dever militar a que está obrigado.

• **Consumação:** o delito se consuma com a ação ou omissão contrária ao dever militar.

• **Tentativa:** admissível somente na postura comissiva.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.7.4. Falta de cumprimento de ordem

• **Tipo legal**

Art. 375. Dar causa, por falta de cumprimento de ordem, à ação militar do inimigo:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Resultado mais grave

Parágrafo único. Se o fato expõe a perigo força, posição ou outros elementos de ação militar:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

• **Objetividade jurídica:** tutelam-se, além da segurança externa do País, a autoridade do comando superior, a disciplina militar e o dever militar, os quais devem estar ainda mais fortalecidos em face da guerra.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, podendo ainda ser admitido o civil, exclusivamente na esfera federal. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País, e, secundariamente, a Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "dar" (causa). O autor permite que o inimigo promova ação militar contra si, fazendo-o por descumprir ordem; por exemplo, o autor deixa de cumprir ordem superior de fortalecer determinado flanco da região geográfica (posição) que guarda, sendo atacado pelo inimigo por esse flanco que deixou descoberto. A inércia do Comandante em relação à ordem que recebeu é que propicia a ação militar de seu inimigo. Não se faz necessário que a investida militar do inimigo consiga sucesso ou mesmo resultado de qualquer ordem; basta que tenha havido. O parágrafo único prevê o qualificador pelo resultado, punindo com maior rigor a desídia que comprometer a força, posição (território) ou outros elementos de ação militar (veículos, materiais, aprovisionamento etc.).

• **Elemento subjetivo:** é somente o dolo, a vontade livre e consciente de dar causa à investida do inimigo.

• **Consumação:** o delito se consuma com a ação militar do inimigo.

• **Tentativa:** é admissível, caso o inimigo seja impedido por outra força de investir contra o autor.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.7.5. Entrega ou abandono culposo

• **Tipo legal**

Art. 376. Dar causa, por culpa, ao abandono ou à entrega ao inimigo de posição, navio, aeronave, engenho de guerra, provisões, ou qualquer outro elemento de ação militar:

Pena – reclusão, de dez a trinta anos.

• **Objetividade jurídica:** tutelam-se, além da segurança externa do País, a disciplina militar e o dever militar, os quais devem estar ainda mais fortalecidos em face da guerra.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, não se podendo excluir o civil, na esfera federal. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País, e, secundariamente, a Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é “dar” (causa). O autor permite, por culpa, que a sua posição (geográfica e estratégica), navio (qualquer embarcação militar ou de uso militar), aeronave, engenho de guerra, provisões ou qualquer outro elemento de ação militar (tudo que for de interesse para funcionamento dos organismos militares) sejam abandonados (deixados à própria sorte) ou entregues ao inimigo.

• **Elemento subjetivo:** é somente a culpa, que vem expressa no tipo.

• **Consumação:** o delito se consuma com o abandono ou tomada pelo inimigo de qualquer dos itens arrolados pelo tipo.

• **Tentativa:** inadmissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.7.6. Captura ou sacrifício culposo

• **Tipo legal**

Art. 377. Dar causa, por culpa, ao sacrifício ou captura de força sob o seu comando:

Pena – reclusão, de dez a trinta anos.

• **Objetividade jurídica:** tutelam-se, além da segurança externa do País, a disciplina militar e o dever militar, os quais devem estar ainda mais fortalecidos em face da guerra.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, que tenha função ou esteja em função de comandamento. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País, e, secundariamente, a Instituição Militar e os componentes da tropa que foram sacrificados ou capturados.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "dar" (causa). O autor permite, por culpa, que tropa sob seu comando (grupo, pelotão, companhia, batalhão, divisão, seja de que grau for) seja sacrificada, isto é, submetida a castigos, constrangimentos, sofrimentos (físicos ou morais) ou capturada (tornada prisioneira de guerra).

• **Elemento subjetivo:** é somente a culpa, que vem expressa no tipo.

• **Consumação:** o delito se consuma com o sacrifício ou captura dos comandados do autor.

• **Tentativa:** inadmissível.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.7.7. Separação reprovável

• **Tipo legal**

Art. 378. Separar o comandante, em caso de capitulação, à sorte própria dos oficiais e praças:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

• **Objetividade jurídica:** este dispositivo tutela a disciplina militar e o dever militar, os quais devem estar ainda mais fortalecidos em face da guerra.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, que esteja na função de comandante, não se especificando de que grau. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a própria Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "separar". O autor, após a capitulação, ou seja, a perda, a rendição, abandona a tropa que comanda, incluídos aqui seus oficiais e praças, e se coloca em separado, em situação diferenciada, evidentemente, a fim de conseguir melhor sorte que a de seus subordinados; essa separação fere os valores mais íntimos de qualquer tropa militar, pois separa corpo que, do princípio ao fim, deveria permanecer uno, indivisível.

• **Elemento subjetivo:** é tão somente o dolo, a vontade livre e consciente de se separar dos subordinados para melhor sorte.

• **Consumação:** o delito se consuma quando o autor separa sua sorte da tropa que comanda.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.7.8. Abandono de comboio

• **Tipo legal**

Art. 379. Abandonar comboio, cuja escolta lhe tenha sido confiada:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Resultado mais grave

§ 1º Se do fato resulta avaria grave, ou perda total ou parcial do comboio:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Modalidade culposa

§ 2º Separar-se, por culpa, do comboio ou da escolta:

Pena – reclusão, até quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Caso assimilado

§ 3º Nas mesmas penas incorre quem, de igual forma, abandona material de guerra, cuja guarda lhe tenha sido confiada.

• **Objetividade jurídica:** além da segurança externa do País, tutelam-se a disciplina militar e o dever militar, os quais devem estar ainda mais fortalecidos em face da guerra.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, não se podendo excluir o civil, exclusivamente, na esfera federal. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País, e, secundariamente, a Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "abandonar". O autor abandona, deixa, afasta-se por tempo relevante de comboio (coletivo de veículos militares, seja de combate, seja de aprovisionamento, que se deslocam em conjunto para determinado local) que lhe foi confiado, ou seja, cuja condução e segurança estavam sob sua responsabilidade. Um comboio leva tropas e materiais de um lado a outro e, especialmente em guerra, tal deslocamento pode significar a sobrevivência ou não de outra tropa que está cercada ou sem aprovisionamento aguardando o apoio; daí o fato de o legislador ter dado especial

destaque a essa situação, punindo, em apartado, o responsável por um comboio que falta com o dever que lhe foi imposto.

O § 1º prevê a qualificadora pelo resultado, reprimindo com maior severidade o abandono que resultar em avaria grave, perda total ou parcial do comboio.

O § 2º prevê a modalidade culposa do abandono de comboio.

O § 3º equipara ao delito o abandono de material de guerra que estava sob carga (responsabilidade) do autor; "material de guerra" é conceito genérico e abrange qualquer material que tenha finalidade exclusiva de emprego em operações militares que, em vista das circunstâncias temporais, estão sendo desenvolvidas em guerra.

• **Elemento subjetivo:** tanto o dolo, vontade livre e consciente de abandonar o comboio ou material de guerra, como a culpa, expressa esta no § 2º.

• **Consumação:** o delito se consuma com o abandono do comboio ou do material de guerra.

• **Tentativa:** inadmissível, por ser delito instantâneo.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.7.9. Separação culposa de comando

• **Tipo legal**

Art. 380. Permanecer o oficial, por culpa, separado do comando superior:

Pena – reclusão, até quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** além da segurança externa do País, tutelam-se a autoridade do comando superior, a disciplina militar e o dever militar, os quais devem estar ainda mais fortalecidos em face da guerra.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, que seja oficial. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País, e, secundariamente, a Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "permanecer" (afastado). O autor fica afastado do comando superior; a lesividade de sua conduta repousa no fato de que, estando afastado, os vínculos e laços de disciplina, hierarquia e autoridade são enfraquecidos, especialmente num momento tão crítico quanto o de guerra, além do fato de que o afastamento não permite ou dificulta a efetivação de apoio a ser promovido pelo superior e carecido pela tropa comandada pelo Oficial. A guerra exige unidade e a falta desta pode comprometer a eficiência do trabalho a ser desenvolvido pelo grupo.

• **Elemento subjetivo:** é somente a culpa, que vem expressa no tipo.

• **Consumação:** o delito se consuma com o afastamento do Oficial em relação a seu comando superior.

• **Tentativa:** inadmissível.

• **Crime propriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.7.10. Tolerância culposa

• **Tipo legal**

Art. 381. Deixar, por culpa, evadir-se prisioneiro:

Pena – reclusão, até quatro anos.

Comentários

As observações referentes a este tipo são semelhantes às atribuídas ao delito de fuga de preso por culpa, previsto no art. 179 do CPM, alterada a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. O tipo em estudo traz a expressão "prisioneiro" (de guerra), em vez de preso ou internado, em face do momento (guerra) em que se dá a conduta.

1.7.11. Entendimento com o inimigo

• **Tipo legal**

Art. 382. Entrar o militar, sem autorização, em entendimento com outro militar ou emissário de país inimigo, ou servir, para esse fim, de intermediário:

Pena – reclusão, até três anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Comentários

As observações referentes a este tipo são semelhantes às atribuídas ao delito de entendimento para emprenhar o Brasil à guerra ou à neutralidade, previsto no art. 140 do CPM, alterada a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. O tipo sob exame pune o militar que entra em entendimento com o inimigo ou que serve de intermediário para tal, enquanto, em tempo de paz, pune aquele que se entende com estrangeiro para buscar a guerra ou a paz. Não se exige resultado específico do entendimento havido, bastando, tão somente, que tenha ocorrido, evidentemente, desde que macule ou perturbe a segurança externa do País.

1.8. Do dano

1.8.1. Dano especial

• **Tipo legal**

Art. 383. Praticar ou tentar praticar qualquer dos crimes definidos nos arts. 262, 263, §§ 1º e 2º, e 264, em benefício do inimigo, ou comprometendo ou podendo comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de quatro a dez anos.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas aos delitos de dano em material ou aparelhamento de guerra, em navio de guerra ou mercante em serviço militar, ou em aparelho e instalações de aviação e navais, e em estabelecimentos militares, previstos, respectivamente, nos arts. 262 a 264 do CPM, alterada a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. O tipo passou a exigir que o fato seja praticado em benefício do inimigo, comprometa ou possa comprometer (tenha potencial) a preparação, eficiência (meios) ou as operações militares.

1.8.2. Dano em bens de interesse militar

• **Tipo legal**

Art. 384. Danificar serviço de abastecimento de água, luz ou força, estrada, meio de transporte, instalação telegráfica ou outro meio de comunicação, depósito de combustível, inflamáveis, matérias-primas necessárias à produção, depósito de víveres ou forragens, mina, fábrica, usina ou qualquer estabelecimento de produção de artigo necessário à defesa nacional ou ao bem-estar da população e, bem assim, rebanho, lavoura ou plantação, se o fato compromete ou pode comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares, ou de qualquer forma atenta contra a segurança externa do país:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são semelhantes às atribuídas ao delito de dano, previsto no art. 259 do CPM, alterada a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. O tipo traz como novidade o arrolamento das coisas passíveis de dano, de importância crucial na evolução de uma guerra; o tipo também passou a exigir que o fato comprometa ou possa comprometer (tenha potencial) a preparação, eficiência (meios) ou as operações militares, ou ainda que, de qualquer forma, atente contra a segurança externa do País.

1.8.3. Envenenamento, corrupção ou epidemia

- **Tipo legal**

Art. 385. Envenenar ou corromper água potável, víveres ou forragens, ou causar epidemia mediante a propagação de germes patogênicos, se o fato compromete ou pode comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares, ou de qualquer forma atenta contra a segurança externa do país:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de dois a oito anos.

Comentários

As observações referentes a este tipo são semelhantes às atribuídas aos delitos de envenenamento de água potável, sua corrupção e epidemia, previstos, respectivamente, nos arts. 293, 294 e 292 do CPM, alterada a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. O tipo passou a exigir, para a caracterização do delito, que o fato comprometa ou possa comprometer (tenha potencial) a preparação, eficiência (meios) ou as operações militares, ou ainda que, de qualquer forma, atente contra a segurança externa do País.

1.9. Dos crimes contra a incolumidade pública

1.9.1. Crimes de perigo comum

• **Tipo legal**

Art. 386. Praticar crime de perigo comum definido nos arts. 268 a 276 e 278, na modalidade dolosa:

I – se o fato compromete ou pode comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares;

II – se o fato é praticado em zona de efetivas operações militares e dele resulta morte:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas aos delitos de perigo comum, previstos nos arts. 268 a 276 e 278 do CPM, alterada a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. O tipo passou a exigir que o fato comprometa ou possa comprometer (tenha potencial) a preparação, eficiência (meios) ou as operações militares, ou ainda que seja praticado em zona de operação militar e que dele resulte morte.

1.10. Da insubordinação e da violência

1.10.1. Recusa de obediência ou oposição

• **Tipo legal**

Art. 387. Praticar, em presença do inimigo, qualquer dos crimes definidos nos arts. 163 e 164:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de dez anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas aos delitos de recusa de obediência e oposição às ordens da sentinela, previstos nos arts. 163 e 164 do CPM, alterada tão somente a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. Acresça-se aqui o fato de a recusa ou oposição ter de ser praticada em presença do inimigo, ou seja, às vistas dele, para que haja tipicidade.

1.10.2. Coação contra Oficial-General ou Comandante

• **Tipo legal**

Art. 388. Exercer coação contra oficial-general ou comandante da unidade, mesmo que não seja superior, com o fim de impedir-lhe o cumprimento do dever militar:

Pena – reclusão, de cinco a quinze anos, se o fato não constitui crime mais grave.

• **Objetividade jurídica:** além da segurança externa do País, tutela-se a autoridade do Oficial-General ou do Comandante atingido, assim como a disciplina militar.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é o militar, federal ou dos Estados, bem como o civil, este, exclusivamente, na esfera federal. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o País, e, secundariamente, a Instituição Militar.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "exercer". O autor exerce coação, pressiona, física ou moralmente, já que o tipo não restringe a forma de execução; a coação, seja por violência, seja por ameaça, é exercida contra Oficial-General (inexistente nas Forças Estaduais) ou Comandante da Unidade, mesmo que qualquer dessas figuras (General ou Comandante) não seja superior ao autor; a coação tem como escopo fazer com que o ofendido não cumpra seu dever militar, ou seja, não cumpra a missão que lhe foi confiada, não controle seu efetivo com disciplina e autoridade, não empregue seu efetivo com eficiência e eficácia no teatro de operações de guerra ou ainda na preparação para tal.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo específico, a intenção, a vontade livre e consciente de coagir General ou Comandante com o intuito de impedi-los de cumprir seu dever militar.

• **Consumação:** o delito se consuma com a submissão do ofendido ao autor.

• **Tentativa:** é admissível.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

1.10.3. Violência contra superior ou militar de serviço

• **Tipo legal**

Art. 389. Praticar qualquer dos crimes definidos nos arts. 157 e 158, a que esteja cominada, no máximo, reclusão, de trinta anos:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Parágrafo único. Se ao crime não é cominada, no máximo, reclusão de trinta anos, mas é praticado com arma e em presença do inimigo:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de quinze anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas aos delitos de violência contra superior ou contra militar de serviço, previstos, respectivamente, nos arts. 157 e 158 do CPM, alterada tão somente a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. Acresça-se aqui o fato de que a violência terá pena de morte, em grau máximo, se praticada em presença do inimigo, ou seja, às vistas dele.

1.11. Do abandono de posto

1.11.1. Abandono de posto

• Tipo legal

Art. 390. Praticar, em presença do inimigo, crime de abandono de posto, definido no art. 195:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas ao delito de abandono de posto, previsto no art. 195 do CPM, alterada tão somente a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. Acresça-se aqui o fato de que o abandono de posto deve ser praticado em presença do inimigo, ou seja, às vistas dele, para que haja tipicidade.

1.12. Da deserção e da falta de apresentação

1.12.1. Deserção

• **Tipo legal**

Art. 391. Praticar crime de deserção definido no Capítulo II, do Título III, do Livro I, da Parte Especial:

Pena – a cominada ao mesmo crime, com aumento da metade, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. Os prazos para a consumação do crime são reduzidos de metade.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas ao delito de deserção, previsto no art. 187 do CPM, alterada a dosimetria da pena

(que teve aumento de metade), bem como o prazo de sua consumação (que passou de 8 para 4 dias) em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra.

1.12.2. Deserção em presença do inimigo

• **Tipo legal**

Art. 392. Desertar em presença do inimigo:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas ao delito de deserção, previsto no artigo anterior, alterada tão somente a dosimetria da pena em vista de ter sido praticado em presença do inimigo, ou seja, às vistas dele.

1.12.3. Falta de apresentação

• **Tipo legal**

Art. 393. Deixar o convocado, no caso de mobilização total ou parcial, de apresentar-se, dentro do prazo marcado, no centro de mobilização ou ponto de concentração:

Pena – detenção, de um a seis anos.

Parágrafo único. Se o agente é oficial da reserva, aplica-se a pena com aumento de um terço.

Comentários

As observações referentes a este tipo são semelhantes às atribuídas ao delito de insubmissão, previsto no art. 183 do CPM, alterada tão somente a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. Acresça-se aqui a agravante do delito praticado por Oficial, visto ser ele referência para seus subordinados (dever de exemplo) e ser o responsável pelo comando daqueles.

1.13. Da libertação, da evasão e do amotinamento de prisioneiros

1.13.1. Libertação de prisioneiro

• **Tipo legal**

Art. 394. Promover ou facilitar a libertação de prisioneiro de guerra sob guarda ou custódia de força nacional ou aliada:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de quinze anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são semelhantes às atribuídas ao delito de promoção ou facilitação de fuga, previsto no art. 178 do CPM; entretanto, este tipo faz referência a prisioneiros (de guerra) em vez de presos, e a tipicidade sobrevém somente se o motim for perpetrado em presença (às vistas) do inimigo; em razão da maior gravidade que a conduta assume, foi alterada a dosimetria da pena.

1.13.2. Evasão de prisioneiro

• **Tipo legal**

Art. 395. Evadir-se prisioneiro de guerra e voltar a tomar armas contra o Brasil ou Estado aliado:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Parágrafo único. Na aplicação deste artigo, serão considerados os tratados e as convenções internacionais, aceitos pelo Brasil relativamente ao tratamento dos prisioneiros de guerra.

Comentários

As observações referentes a este tipo são semelhantes às atribuídas ao delito de fuga ou tentativa de fuga de preso, previsto no art. 180 do CPM; entretanto, este tipo faz referência a prisioneiros (de guerra), em vez de presos, e a tipicidade sobrevém somente se o prisioneiro que se evadiu voltar a integrar a

força inimiga contra o Brasil ou seu aliado; em razão da maior gravidade que a conduta assume, foi alterada a dosimetria da pena.

1.13.3. Amotinamento de prisioneiros

- **Tipo legal**

Art. 396. Amotinarem-se prisioneiros em presença do inimigo:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são semelhantes às atribuídas ao delito de amotinamento de presos, previsto no art. 182 do CPM; entretanto, este tipo faz referência a prisioneiros (de guerra), em vez de presos, e a tipicidade sobrevém somente se o motim for perpetrado em presença (às vistas) do inimigo; em razão da maior gravidade que a conduta assume, foi alterada a dosimetria da pena.

1.14. Do favorecimento culposo ao inimigo

1.14.1. Favorecimento culposo

- **Tipo legal**

Art. 397. Contribuir culposamente para que alguém pratique crime que favoreça o inimigo:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Comentários

A previsão sob exame pune o autor que, por culpa, contribui com o inimigo (aquele com quem o Brasil está em guerra ou seu aliado) praticando qualquer delito, ou seja, o autor, ao praticar conduta delituosa, contribui com o

inimigo. Evidentemente, para que o autor responda por este delito, ele deve ter sido condenado (sentença irrecorrível) por delito anterior, devendo ser provado o nexo de causalidade entre sua conduta delituosa e o favorecimento do inimigo para que possa ser responsabilizado. A forma dolosa está prevista no art. 355 do CPM.

2. DA HOSTILIDADE E DA ORDEM ARBITRÁRIA

2.1. Prolongamento de hostilidades

- **Tipo legal**

Art. 398. Prolongar o comandante as hostilidades, depois de oficialmente saber celebrada a paz ou ajustado o armistício.

Pena – reclusão, de dois a dez anos.

Comentários

As observações referentes a este tipo são semelhantes às atribuídas ao delito de hostilidade contra país estrangeiro, previsto no art. 136 do CPM; diferem, no entanto, pois lá se punia a hostilidade para evitar o perigo de guerra; aqui se pune a hostilidade posterior à guerra, depois de celebrada a paz (os oponentes entraram em acordo e põem termo final à guerra) ou ajustado o armistício (suspensão da guerra e das hostilidades, muitas vezes, nos termos definidos por uma das partes que se impôs à outra), como forma de evitar que se volte ao estado de beligerância anterior. A conduta é a mesma, variando apenas o momento, pois, naquele tipo, a ação se dava antes da guerra e neste depois dela; a pena, por consequência, é mais grave nesta previsão em razão do perigo, do potencial de lesividade, ser bem maior aqui.

2.2. Ordem arbitrária

• **Tipo legal**

Art. 399. Ordenar o comandante contribuição de guerra, sem autorização, ou excedendo os limites desta:

Pena – reclusão, até três anos.

• **Objetividade jurídica:** é a autoridade e a disciplina militar, bem como o patrimônio da pessoa.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é militar, visto que o tipo impõe que ele seja Comandante, nomenclatura própria do meio castrense. O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o Estado, e, secundariamente, a pessoa.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "ordenar", determinar, impor. O Comandante, seja de que fração de tropa for, determina contribuição de guerra indevida, seja porque não tem autorização para impô-la, seja porque excedeu os limites legais para tal.

O Professor Jorge César de Assis**[1866]**ensina-nos que "contribuições de guerra são sacrifícios patrimoniais, que devem ficar esclarecidas nas autorizações dadas às pessoas competentes para exigi-las".

• **Elemento subjetivo:** é o dolo, a vontade livre e consciente de ordenar a contribuição de guerra indevida.

• **Consumação:** o delito se consuma com a ordem que impõe a contribuição.

• **Tentativa:** é possível, por exemplo, no caso em que a ordem é enviada por escrito mas é interceptada, por circunstâncias alheias à vontade do agente, antes de chegar a seu destinatário.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** é pública incondicionada, nos termos do art. 121 do

CPM.

3. DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

3.1. Do homicídio

3.1.1. Homicídio simples

- **Tipo legal**

Art. 400. Praticar homicídio, em presença do inimigo:

I – no caso do art. 205:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos;

II – no caso do § 1º do art. 205, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço;

Homicídio qualificado

III – no caso do § 2º do art. 205:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas ao delito de homicídio, previsto no art. 205 do CPM, alterada a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. Acresça-se aqui o fato de o homicídio ter de ser praticado em presença do inimigo, ou seja, às vistas dele, para que haja tipicidade.

3.2. Do genocídio

3.2.1. Genocídio

- **Tipo legal**

Art. 401. Praticar, em zona militarmente ocupada, o crime previsto no art. 208:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas ao delito de genocídio, previsto no art. 208 do CPM, alterada a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. Acresça-se aqui o fato de que a conduta criminosa deve ser praticada em zona militarmente ocupada (sob controle militar) para que haja tipicidade.

3.2.2. Casos assimilados

- **Tipo legal**

Art. 402. Praticar, com o mesmo fim e na zona referida no artigo anterior, qualquer dos atos previstos nos n. I, II, III, IV ou V, do parágrafo único, do art. 208:

Pena – reclusão, de seis a vinte e quatro anos.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas aos casos assimilados ao genocídio, previstos no parágrafo único do art. 208 do CPM, alterada tão somente a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. Acresça-se aqui o fato de que a conduta criminosa deve ser praticada em zona militarmente ocupada (sob controle militar) para que haja tipicidade.

3.3. Da lesão corporal

3.3.1. Lesão leve

- **Tipo legal**

Art. 403. Praticar, em presença do inimigo, crime definido no art. 209:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Lesão grave

§ 1º No caso do § 1º do art. 209:

Pena – reclusão, de quatro a dez anos.

§ 2º No caso do § 2º do art. 209:

Pena – reclusão, de seis a quinze anos.

Lesões qualificadas pelo resultado

§ 3º No caso do § 3º do art. 209:

Pena – reclusão, de oito a vinte anos no caso de lesão grave; reclusão, de dez a vinte e quatro anos, no caso de morte.

Minoração facultativa da pena

§ 4º No caso do § 4º do art. 209, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

§ 5º No caso do § 5º do art. 209, o juiz pode diminuir a pena de um terço.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas ao delito de lesão corporal, previsto no art. 209, alterada a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. Acresça-se aqui o fato de a lesão ter de ser praticada em presença do inimigo, ou seja, às vistas dele, para

que haja tipicidade.

4. DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

4.1. Furto

- **Tipo legal**

Art. 404. Praticar crime de furto definido nos arts. 240 e 241 e seus parágrafos, em zona de operações militares ou em território militarmente ocupado:

Pena – reclusão, no dobro da pena cominada para o tempo de paz.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas aos delitos de furto e furto de uso, previstos, respectivamente, nos arts. 240 e 241 do CPM, alterada a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. Acresça-se aqui o fato de que a conduta criminosa deve ser praticada em zona de operações militares ou militarmente ocupada (sob controle militar) para que haja tipicidade.

4.2. Roubo ou extorsão

- **Tipo legal**

Art. 405. Praticar crime de roubo, ou de extorsão definidos nos arts. 242, 243 e 244, em zona de operações militares ou em território militarmente ocupado:

Pena – morte, grau máximo, se cominada pena de reclusão de trinta

anos; reclusão pelo dobro da pena para o tempo de paz, nos outros casos.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas aos delitos de roubo, extorsão e extorsão mediante sequestro, previstos, respectivamente, nos arts. 242, 243 e 244 do CPM, alterada a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. Acresça-se aqui o fato de que a conduta criminosa deve ser praticada em zona de operações militares ou militarmente ocupada (sob controle militar) para que haja tipicidade.

4.3. Saque

• Tipo legal

Art. 406. Praticar o saque em zona de operações militares ou em território militarmente ocupado:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Comentários

O saque não está previsto nos delitos praticados em tempo de paz, mas implica, como nos delitos anteriores, a subtração mediante violência, ameaça ou redução da capacidade de resistência; difere dos anteriores pelo fato de que neste a ação é perpetrada pela tropa, e não por um ou alguns autores; aqui, como ente único, subtrai *res*(es) que não lhe(s) pertence(m), aproveitando-se do estado de confusão e do caos social promovido pela guerra. Por isso é que o legislador pune esse tipo de conduta, em zona de operação militar (em terra nacional ou estrangeira – território ocupado), com ferrenho rigor. As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas ao delito de roubo ou de extorsão, previstos no artigo anterior.

5. DO RAPTO E DA VIOLÊNCIA CARNAL

5.1. Rapto

- **Tipo legal**

Art. 407. Raptar mulher honesta, mediante violência ou grave ameaça, para fim libidinoso, em lugar de efetivas operações militares:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

Resultado mais grave

§ 1º Se da violência resulta lesão grave:

Pena – reclusão, de seis a dez anos.

§ 2º Se resulta morte:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

Cumulação de pena

§ 3º Se o autor, ao efetuar o rapto, ou em seguida a este, pratica outro crime contra a raptada, aplicam-se, cumulativamente, a pena correspondente ao rapto e a cominada ao outro crime.

• **Objetividade jurídica:** é a liberdade sexual da mulher.

• **Sujeitos do delito:** o sujeito ativo é qualquer pessoa, lembrando que o civil só pode ser processado na Justiça Castrense Federal pela limitação constitucional das Cortes Estaduais (art. 125, § 4º, da CF). O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é a mulher.

• **Elementos objetivos:** o núcleo da conduta é "raptar", tirar a vítima de sua esfera de proteção. O autor, usando violência (física) ou ameaça (promessa de mal injusto e grave), rapta a vítima, que só pode ser mulher honesta (é a que vive segundo as convenções sociais, a que não é francamente desregrada sexualmente); o rapto exige o fim libidinoso, ou seja, a intenção de

satisfazer a libido (desejo sexual).

Para tipificação do delito é necessário que o rapto ocorra em local de efetivas (reais) operações militares, seja de manobra, de estacionamento de tropa, seja de combate, em suma, qualquer operação de tropa militar.

Os §§ 1º e 2º qualificam o delito pelo resultado lesão corporal (grave ou gravíssima) ou morte. O § 3º, desnecessariamente, prevê o concurso do delito de rapto com qualquer outro crime que venha a ser perpetrado em concomitância ou logo após o primeiro.

• **Elemento subjetivo:** é o dolo específico, expresso na vontade livre e consciente de raptar com fim libidinoso.

• **Consumação:** o delito se consuma com a retirada da vítima de sua esfera de proteção, passando ao domínio do agente.

• **Tentativa:** é possível, por exemplo, no caso em que o autor investe contra a vítima mas não consegue tirá-la de sua esfera de vigilância por circunstâncias alheias à sua vontade.

• **Crime impropriamente militar.**

• **Tipicidade indireta:** os crimes militares em tempo de guerra possuem complementação de sua tipicidade no art. 10 do CPM.

• **Ação penal:** o crime em estudo se processa mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 121 do CPM.

5.2. Violência carnal

• **Tipo legal**

Art. 408. Praticar qualquer dos crimes de violência carnal definidos nos arts. 232 e 233, em lugar de efetivas operações militares:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

Resultado mais grave

Parágrafo único. Se da violência resulta:

a) lesão grave:

Pena – reclusão, de oito a vinte anos;

b) morte:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de quinze anos, grau mínimo.

Comentários

As observações referentes a este tipo são as mesmas atribuídas aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, previstos, respectivamente, nos arts. 232 e 233 do CPM, somente alterada a dosimetria da pena em vista de ter sido perpetrado em tempo de guerra. Acresça-se aqui o fato de que a conduta criminosa deve ser praticada em zona de efetivas operações militares para que haja tipicidade.

5.3. *Sursis* e livramento condicional

Não é cabível *sursis* para condenados a crimes militares em tempo de guerra, conforme dispõe o art. 88, I, do CPM. O livramento também não é cabível, nos termos do art. 96 do diploma penal castrense.

A liberdade provisória, da mesma forma, não poderá ser concedida nestes delitos, nos termos das alíneas *a* ou *b* do parágrafo único do art. 270 do CPPM.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Vinicius Espírito Santo de. Erro e concurso de pessoas no direito penal. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006 (dissertação de mestrado em Direito Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais).

_________. *O erro de tipo no direito penal econômico*. Porto Alegre: SAFE, 2005.

_________. *Interceptação das comunicações telefônicas no direito penal militar*. Disponível em: <www.tjmsp.jus.br/exposicoes/art012.pdf>.

ANDRADE, Vander Ferreira de. *Direito penal:* parte geral. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

ASSIS, Jorge César de. A reforma do Poder Judiciário e a Justiça Militar. Breves considerações sobre seu alcance. *Revista Direito Militar*, n. 51, p. 23-27, jan./fev. 2005.

_________. *Código de Processo Penal Militar anotado*. Curitiba: Juruá, 2004. v. 1.

_________. *Comentários ao Código Penal Militar:* comentários – doutrina – jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. Curitiba: Juruá, 2007.

_________. *Comentários ao Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2004. v. 2.

_________. *Comentários ao Código Penal Militar:* parte geral. Curitiba: Juruá, 2001. v. 1.

_________. *Direito militar:* aspectos penais, processuais penais e administrativos. Curitiba: Juruá, 2002.

_________. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Curitiba: Juruá, 2003.

_________. Interceptação e abate de aeronave – considerações sobre a Lei n. 9.614, de 5.3.1998. *Revista do Ministério Público Militar*, n. 19.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal:* parte geral. Tradução da 2. ed. espanhola para a língua portuguesa de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969.* São Paulo: Juscrédi, 1972. v. 2.

BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Curso de direito penal militar*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_________. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_________. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

_________. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_________. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

_________. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

_________. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

_________. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4.

_________. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

_________. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

_________. *Lições de direito penal*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOMFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1986.

CANCIO MELIÁ, Manuel. “Direito penal” do inimigo? In: *Direito penal do*

inimigo: noções e críticas. Tradução para a língua portuguesa e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_________. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CEDANO, Sérgio. A relevância penal da omissão e o crime de prevaricação. *Revista Direito Militar*, n. 38, nov./dez. 2002.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2004.

CHAVES, Luiz Gonzaga. Aplicação da Lei 9.099/95 na Justiça Militar, após a Lei 10.259/01. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 43, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

COLDIBELLI, Nelson; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_________. *Elementos de direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORRÊA, Univaldo. A evolução da Justiça Militar no Brasil – alguns dados históricos. In: *Direito militar:* história e doutrina – artigos inéditos. Florianópolis: AMAJME, 2002.

COSTA, Alexandre Henriques da. *Manual prático dos atos de polícia judiciária militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

_________. O crime de "comércio ilícito" praticado por oficial da ativa e sua derrogação em razão da vigência do novo Código Civil em 2003. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 38,

nov./dez. 2002.
COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Hemus, 1998.
CRUZ, Ione Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar:* parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
_________. *Elementos de direito penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.
DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente (Série Leituras Jurídicas: provas e concursos)*. São Paulo: Atlas, 2007.
DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1 e 2.
DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal:* tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.
_________. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.
DOTTI, René Ariel. *Revista de Estudos Criminais*, n. 10, PUCRS/Notadez, 2003.
ESTEFAM, André. *Direito penal:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.
_________. *Temas de direito penal e processo penal para concursos*. São Paulo: Paloma, 2001.
FARIAS, Honazi de Paula. Diferenças existentes entre o crime de concussão e corrupção praticado por militar do Estado em razão da função. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 902, 22 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7668>.
FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
FERRO, Ana Luiza Almeida. *Escusas absolutórias no direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*.

Tradução para a língua espanhola de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude no direito penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FIUZA, César. *Direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de direito penal:* parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 1.

_________. *Lições de direito penal:* parte geral. São Paulo: Forense, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_________. Prefácio. In: Bianchini, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 14.

FREUA, Murillo Salles. *O casal de militares perante a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06)*. Disponível em: <www.jusmilitaris.com.br>. Acesso em: 17 fev. 2009.

GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira. A jurisdição e seus princípios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 287, 20 abr. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4995>. Acesso em: 22 mar. 2008.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_________. *Reformas penais em curso (3/20):* investigação preliminar. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 19 abr. 2003.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2008.

_________. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008.

_________. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2009.

_________. *Curso de direito penal*. Niterói: Impetus, 2008. v. 1.

_________. *Curso de direito penal*. Niterói: Impetus, 2009. v. 1.

_________. *Curso de direito penal*. Niterói: Impetus, 2009. v. 2.

_________. *Curso de direito penal*. Niterói: Impetus, 2006. v. 4.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 58, 2006. (Tradução para a língua portuguesa de Luís Greco.)

HUGO, Victor. *Os miseráveis*. Portugal: Publicações Europa-América, 1999.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 7.

_________. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. Tradução para a língua portuguesa e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Livr. do Advogado Ed., 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal:* parte general. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Quinta Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_________. *Curso de direito penal:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 1988.

_________. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

_________. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

_________. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_________. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_________. Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da

obrigatoriedade do teste do "bafômetro". *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, ano 3, n. 2, jul./dez. 2004.

JUNQUEIRA, Gustavo O. Diniz. *Direito penal*. São Paulo: Siciliano Jurídica, 2004.

_________. *Finalidades da pena*. São Paulo: Manole, 2004.

JUNQUEIRA, Gustavo O. Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial*. São Paulo: Premier Máxima, 2005. v. 1.

KOBAL, Fernando Rodrigues. *Direito militar e a Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, denominada "Maria da Penha"*. Monografia de conclusão de Especialização em Direito Militar, pela Universidade Cruzeiro do Sul, de São Paulo. Disponível em: <www.jusmilitaris.com.br>. Acesso em: 17 fev. 2009.

LAZZARINI, Alvaro. *Direito administrativo da ordem pública*. São Paulo: Forense, 1987.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Método, 2004.

_________. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Método, 2006.

_________. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Método, 2007.

_________. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Manole, 2004.

LIMA, David Alves de Souza; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A liberdade sexual da pessoa alienada ou débil mental. *Boletim IBCCrim*, v. 14, n. 164, São Paulo, jul. 2006, p. 15.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

_________. *Direito penal militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

_________. *Direito processual penal militar*. São Paulo: Método, 2009.

_________. Direito penal militar. Direito penal especial. Direito penal comum. Direito processual especial. In: *Direito militar:* história e doutrina – artigos inéditos. Florianópolis: AMAJME, 2002.

_________. O art. 42 da Constituição. Crime militar. Equiparação de policial militar a militar das Forças Armadas. Entendimento do STF. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 49, 2004.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*. São Paulo: Atlas, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução para a língua portuguesa de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_________. *Sociologia do direito II*. Tradução para a língua portuguesa de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: SAFE, 2003.

LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar*. São Paulo: Edipro, 2002.

MAGGE, Bryan. *História da filosofia*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

MANN, Thomas. *Doutor Fausto*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millenium, 1999. v. 4.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A autoria no Código Penal e a teoria do domínio do fato. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, abr. 2001.

_________. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_________. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Rogério Luís Marques de. Da prova indiciária no processo administrativo disciplinar militar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 331, 3 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5287>. Acesso em: 27 set. 2009.

Michaelis. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MILLÁN GARRIDO, Antonio. *Justiça Militar*. Barcelona: Ariel, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1997.

_________. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2005.

_________. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

_________. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

_________. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1.

_________. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.

_________. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1986. v. 2.

_________. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2.

_________. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2009. v. 3.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: *Direito penal e funcionalismo*. Tradução para a língua portuguesa de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

_________. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

_________. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

_________. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_________. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: SAFE, 1988.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Teoria geral do ilícito disciplina militar: um ensaio analítico. Direito penal e processual penal militar. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público*, São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. Disponível em: <www.esmp.sp.gov.br/publicacoes/caderno_8.pdf>.

_________. *A reforma da Justiça Militar em face da Emenda Constitucional n. 45*. Disponível em: <www.jusmilitaris.com.br>.

_________. Apontamentos sobre a demissão do desertor. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, ano III, v. 6.

_________. Crimes dolosos, praticados por militares dos Estados, contra a vida de civis: crime militar julgado pela Justiça Comum. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 834, 15 out. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7416>. Acesso em: 16 set. 2009.

_________. Legalidade da condução coercitiva do ausente. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 35, maio/jun. 2002.

_________. *Omissão do garantidor em face de conduta delitiva de terceiro:* concurso, autoria colateral ou fato penalmente irrelevante? São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008 (dissertação de mestrado em Direito Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais).

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de direito penal militar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Bauru: Edipro, 2002. v. 2.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_________. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

_________. *Direito penal:* parte especial. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 2.

_________. *Direito penal:* parte especial. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_________. *Código Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_________. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_________. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_________. *Manual de direito penal:* parte geral e parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_________. *Manual de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_________. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. Justiça Militar nas operações de paz da ONU. *Revista do Ministério Público Militar*, n. 19, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil:* evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

_________. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

_________. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Elementos de direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 1.

PRADO, Milton Morassi do. *O crime militar praticado pelo civil contra policiais militares e* jus piniendi *do Estado*. Disponível em: <www.jusmilitaris.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2009.

RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuela Cancio. *Um novo sistema penal.* São Paulo: Manole, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial.* São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

ROCHA, Abelardo Júlio da. *Apontamentos acerca do eventual ressurgimento da figura do assemelhado na Polícia Militar de SP*. Disponível em: <www.jusmilitaris.com.br>. Acesso em: 15 mar. 2009.

_________. Concussão: uma desonra em forma de delito na polícia militar. *Revista Direito Militar*, n. 38, abr./jun. 2003.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar comentado artigo por artigo:*

parte geral. Belo Horizonte: Líder, 2009.

_________. Crimes dolosos contra a vida praticados por militares estaduais contra civis e a competência da Justiça Militar Estadual. Breves considerações. *Jus Vigilantibus*. Disponível em: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 834, 15 out. 2005; <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7416>. Acesso em: 16 set. 2009.

ROTH, Ronaldo João. A ação penal privada subsidiária da pública e o poder de o ofendido atuar no processo penal militar. *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais* – AMAJME, n. 72, jul./ago. 2008.

_________. Crime de exercício de comércio por oficial: a perda do posto e da patente como causa inominada de extinção da punibilidade. *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais* – AMAJME, n. 80, nov./dez. 2009.

_________. *Temas de direito militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

_________. "Aberratio ictus" e a Lei n. 9.299/96. *A Força Policial*, n. 33.

_________. A diversidade de votos absolutórios no Conselho de Justiça. *Revista Direito Militar*, Santa Catarina: AMAJME, n. 76, 2009.

_________. Elegibilidade do militar e suas restrições. In: *Temas de direito militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

_________. *Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_________. Menagem: forma de prisão ou liberdade provisória? In: *Direito militar:* história e doutrina – artigos inéditos. Florianópolis: AMAJME, 2002.

_________. O cálculo da pena no processo penal militar. *Revista Direito Militar*, Santa Catarina: AMAJME, n. 67, 2007.

_________. O reconhecimento pela Justiça Militar da infração disciplinar. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 3, jan./fev. 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de derecho penal*. Tradução para a língua portuguesa de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_________. *Derecho penal:* parte general. Tradução para o espanhol e notas de

Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. 1.
_________. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução para a língua portuguesa e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
_________. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução para a língua portuguesa de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.
SANTOS, Alexandre Andrade dos. *A coação física e moral no ordenamento penal militar*. Trabalho apresentado como monografia para a obtenção do título de Especialista em Direito Militar. Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, 2007.
SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
_________. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2001.
SERRA, Teresa. *Problemática do erro sobre a ilicitude*. Coimbra: Almedina, 1991.
SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*. São Paulo: Ed. GZ, 2009.
_________. *Provas ilícitas*. São Paulo: Forense, 2007.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais:* conteúdo, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.
SILVA SÁNCHES, Jesus-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Madrid: Bosch, 1992.
_________. *A expansão do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
SOARES, Ailton; SOUZA, Otávio Henrique Oliveira; MORETTI, Roberto de

Jesus. *Legislação policial militar anotada*. São Paulo: Atlas, 2000.

SOARES, Carlos Alberto Marques. Da deserção e da prescrição – reflexões. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 74, nov./dez. 2008.

_________. *Do exame de mérito na legislação penal e processual penal militar ante a prescrição da pretensão punitiva*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2000.

SOLER, Sebastian. Conceito e objeto do direito penal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Borsoi, n. 4, out./dez. 1971.

STEINER, Sylvia Helena F. *O Tribunal Penal Internacional*. IbcCrim. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/tribunal>. Acesso em: 30 dez. 2003.

STREIFINGER, Marcello. *O Tribunal do Júri na Justiça Militar do Estado*. Direito Militar: Doutrina e Aplicações. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

Tourinho FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_________. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_________. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

VERAS, Frederico Magno de Melo. *Culpabilidade nos crimes propriamente militares*. São Paulo: Leud, 2007.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de derecho penal*. Tradução para a língua espanhola de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução para a língua portuguesa de José Higino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Russell, 2003. t. 1.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da

ação finalista. Tradução para a língua portuguesa, apresentação e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_________. *Derecho penal alemán*. 4. ed. Tradução para a língua espanhola da 11. ed. em língua alemã por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOTAS

[1] Mirabete, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2003, v. 1, p. 35-42.

[2] Marques, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

[3] A palavra "castrense" origina-se, como ensina Ronaldo João Roth, pelas palavras de Reynaldo Moreira Miranda, do vocábulo "castra", *castrorum* do latim, que "*significa acampamentos (...), isto é, o incipiente e primitivo 'direito romano-militar'* – o jus castrensis – *se exercia, de preferência, nos acampamentos, em tempo de guerra, em plena luta armada*" (*Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 91).

[4] Roth, Ronaldo João. *Justiça militar,* cit.*,* 2003, p. 5.

[5] Corrêa, Univaldo. A evolução da Justiça Militar no Brasil – alguns dados históricos. In: *Direito militar:* história e doutrina – artigos inéditos. Florianópolis: Amajme, 2002, p. 9.

[6] Apud Roth, Ronaldo João. *Justiça Militar*, cit., p. 6.

[7] Apud Giordani, Mário Curtis. *Direito penal romano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 113.

[8] Loureiro Neto, José da Silva. *Direito penal militar*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 19.

[9] Idem, ibidem.

[10] Platão. *Apologia de Sócrates*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

[11] Apud Corrêa, Univaldo. Op. cit., p. 10.

[12] *A cidade antiga*. São Paulo: Hemus, 1998, p. 14.

[13] Op. cit., p. 20.

[14] Chaves Júnior, Edgard de Brito, apud ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar*, cit., p. 7.

[15] A mesma distinção, vale lembrar, pode servir à diferenciação entre o crime militar e o crime de guerra, competência do Tribunal Penal Internacional.

[16] *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[17] Franco, Alberto Silva. Prefácio. In: Bianchini, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 14.

[18] Um grupo de advogados brasileiros, liderados por ilustres causídicos como René Ariel Dotti, fundou um movimento conhecido por "Movimento Antiterror", caracterizado por pessoas que querem obstar o expansionismo desmedido do Direito Penal. Acerca dos princípios desse movimento, ver *Revista de Estudos Criminais*, n. 10, PUCRS/Notadez, 2003.

[19] Embora se faça menção à data de 8 de dezembro de 2004, no *site* oficial da Presidência da República (www.planalto.gov.br), a Emenda Constitucional n. 45 está datada de 30 de dezembro de 2004.

[20] Op. cit., p. 15.

[21] Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 56.

[22] Idem, ibidem.

[23] Trecho retirado de Pierangeli, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil:* evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 161.

[24] Corrêa, Univaldo. Op. cit., p. 17-18.

[25] Cf. texto de autoria do Ministro do Superior Tribunal Militar Jacy Guimarães Pinheiro, publicado na *Revista do STM*, n. 4, 1978.

[26] Segundo Univaldo Corrêa, op. cit., p. 22.

[27] Corrêa, Univaldo. Op. cit., p. 23.

[28] Embora se faça menção à data de 8 de dezembro de 2004, no *site* oficial da Presidência da República (www.planalto.gov.br), a Emenda Constitucional n. 45 está datada de 30 de dezembro de 2004.

[29] Nesse sentido, *vide* Fernandes, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 158.

[30] Cf. Romeiro, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 2.

[31] Lobão, Célio. Direito penal militar. Direito penal especial. Direito penal comum. Direito processual especial. In: *Direito militar:* história e doutrina – artigos inéditos. Florianópolis: Amajme, 2002, p. 40.

[32] Idem, ibidem.

[33] Cf. Romeiro, Jorge Alberto. Op. cit., p. 3.

[34] Roth, Ronaldo João. Menagem: forma de prisão ou liberdade provisória? In: *Direito militar:* história e doutrina – artigos inéditos. Florianópolis: AMAJME, 2002, p. 158.

[35] Idem, ibidem.

[36] *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

[37] Toledo, Francisco de Assis. Op. cit., p. 15.

[38] Idem, ibidem, p. 16.

[39] Idem, ibidem, p. 17.

[40] Op. cit., p. 76.

[41] Prado, Luiz Regis. Op. cit., p. 48-49.

[42] *Vide* Bianchini, Alice. Op. cit.

[43] Em verdade, as teorias constitucionais, como aduz Regis Prado, podem ser cindidas em teorias constitucionais de caráter geral e de fundamento constitucional estrito: "Nas primeiras, costuma-se fazer referência ao texto maior de modo genérico, amplo, com remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecida, aos princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo" (op. cit., p. 51). Já aquelas com fundamento estrito "orientam-se firmemente pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do

legislador infraconstitucional" (op. cit., p. 53).

[44] Aquele que exerce a polícia judiciária, comum ou militar, não possui atribuição funcional para afastar a intervenção penal, exceto em casos gritantes, em que nem sequer haja dúvida sobre o não cometimento de crime. Por outro lado, de acordo com a análise do bem jurídico, a polícia judiciária pode ser exercida de modo menos gravoso, ou seja, com base na análise de lesão a um bem jurídico-penal, será perfeitamente adequada a instauração de inquérito, em vez de autuação em flagrante, favorecendo, assim, o *status libertatis*, em alinho ao fundamento republicano de respeito à dignidade da pessoa humana, grafado na Constituição Federal.

[45] Op. cit., p. 56-57. A autora cinde o princípio em questão afirmando que "dois são os sentidos que se podem atribuir ao princípio da insignificância, os quais surgem em momentos distintos: a primeira acepção tem lugar no interior do próprio sistema penal e realiza-se quando se exclui do sistema tudo o que se tenha perdido, em termos de relevância social. A segunda enfoca também a questão concernente à relevância social, porém seu âmbito de abrangência é anterior à elaboração da lei, impedindo que sejam criminalizadas condutas de acanhada repercussão social.

[46] Note-se que essa tutela, como já apontamos, distingue o Direito Penal Militar do "Direito Penal militarizado".

[47] "Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar."

[48] Diz-se elemento normativo porque não há exatidão na expressão que permita considerá-la elemento descritivo. Em outras palavras, o intérprete fará um juízo próprio para chegar à conclusão de que determinado lugar está sob a Administração Militar.

[49] Para melhor incursão sobre a demissão do trânsfugo, *vide* Neves, Cícero Robson Coimbra. Apontamentos sobre a demissão do desertor. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, ano III, v. 6, p. 155.

[50] Prado, Luiz Regis. Op. cit., p. 17.

[51] Idem, ibidem, p. 63-64 (itálico nosso).

[52] Cf. Canotilho, J. J. Gomes. Apud Regis Prado, op. cit., p. 72.

[53] Art. 142 da CF.

[54] Art. 144, § 5º, da CF.

[55] *Vide* nossos comentários quando tratamos no Capítulo II, “Desvalor da ação e desvalor do resultado”, p. 368.

[56] Mirabete, Julio Fabbrini. Op. cit., v. 1, p. 26.

[57] Lobão, Célio. Direito penal militar. Direito penal especial. Direito penal comum. Direito processual especial. In: *Direito militar*, cit., p. 38-45.

[58] Veremos adiante a distinção entre crimes propriamente e impropriamente militares.

[59] Acerca das peculiaridades da questão, *vide* artigo de lavra de Jorge César de Assis, sob o título Interceptação e abate de aeronave – considerações sobre a Lei n. 9.614, de 5.03.1998, *Revista do Ministério Público Militar*, n. 19, p. 69-79.

[60] *Problemas fundamentais do direito penal*. Lisboa: Vega, 1998, p. 15.

[61] Muñagorri. Apud Prado, Luiz Regis. Op. cit., p. 21.

[62] Cf. Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. São Paulo: Manole, 2004, p. XII.

[63] Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103. Em sentido lato, também é comum a utilização da expressão “sanção penal” para significar a pena e a medida de segurança.

[64] Idem, ibidem.

[65] Bustos Ramírez, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1986, p. 71.

[66] Kant, Emmanuel. Apud Marques, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 61.

[67] Welzel, Hans. Apud Bustos Ramírez, Juan. Op. cit., p. 73.

[68] Bitencourt, Cezar Roberto. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 75.

[69] FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. Tradução para a língua espanhola

de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeier, p. 50-52.

[70] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 1, p. 77.

[71] Marques, Oswaldo Henrique Duek. Op. cit., p. 77.

[72] A teoria socializadora, arrimada no Correcionalismo, orienta a reintegração social do infrator por um programa máximo ou por um programa mínimo. O programa mínimo, no qual se enquadra a Nova Defesa Social, contenta-se com a mudança de comportamento do delinquente caracterizada apenas pela não reincidência. Já o programa máximo visa a proporcionar verdadeira transformação interna no delinquente. Cf. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Op. cit., p. 114.

[73] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 1, p. 80.

[74] PUIG, Santiago Mir. Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 1, p. 82. Na citada obra, Bitencourt sustenta que "Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética (...)", dando a entender, pela data de seu livro, que seria no início do século XXI. Em verdade, falamos em início do século XX.

[75] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. São Paulo: Manole, 2004, p. 100.

[76] Idem, ibidem.

[77] Idem, p. 101.

[78] ROXIN, Claus. Op. cit., p. 26.

[79] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 1, p. 84.

[80] Adverte Bitencourt que Welzel e Jakobs possuem pequenas divergências na formulação de suas teorias. Porém, apesar da observação, o autor os cita como expoentes da prevenção geral positiva fundamentadora (op. cit., v. 1, p. 85-86).

[81] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Op. cit., p. 111.

[82] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais:* conteúdo, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

[83] Ideia cunhada por Robert Alexy. Apud SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 46.

[84] SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 47.

[85] Cf. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da*

pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

[86] Op. cit., p. 56.

[87] SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 50.

[88] Alguns entendem que o traslado poderia ser *eponte propria* da autoridade administrativa, porquanto a violação das comunicações ocorreu em momento anterior, já autorizada por autoridade judicial, não havendo problema na utilização da prova no processo administrativo. Todavia, o emprego da prova para fins diversos do exposto na lei pode configurar crime nos termos do seu art. 10, razão pela qual entendemos necessário um novo respaldo do Poder Judiciário, lógico, colhendo-se, antes, a palavra do *Parquet*.

[89] Para Virgílio Afonso da Silva, por todos, a solução para o conflito entre regra e princípio não pode ser encontrada na busca da identificação do princípio informador da regra, para depois confrontá-lo com o outro princípio. Diz o autor que, em geral, a resposta para esse conflito origina-se em duas notas de rodapé de dois trabalhos de Robert Alexy, que não se dedicam a essa questão, sendo essa resposta a necessidade de um sopesamento, mas não um sopesamento entre princípio e regra, e sim entre princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia. Prossegue afirmando que essa solução é problemática "porque dá a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento. Isso teria como consequência um alto grau de insegurança jurídica" (op. cit., p. 52).

[90] GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5.

[91] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 1, p. 10.

[92] ALMEIDA, André Vinicius Espírito Santo de. *O erro de tipo no direito penal econômico*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 23.

[93] Idem, ibidem.

[94] Cf. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: SAFE,

2003, p. 17-30.

[95] Para muitos doutrinadores, a Federação Brasileira, por partir de um Estado unitário que se fracionou posteriormente, caracteriza uma forma centrífuga de federação. Essa característica, note-se, reflete na alta concentração de poder na União, ainda marcado por um forte poder central. Ao contrário, a Federação Norte-americana, por sua característica centrípeta, ou seja, partindo de Estados independentes para formar, primeiro, uma confederação e, depois, uma federação, permite a edição descentralizada de leis, inclusive penais, de sorte que cada Unidade federativa pode ter seu Código Penal. Nesse sentido, *vide* BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 723-724.

[96] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 76.

[97] Aqui, por se tratar de assunto muito próximo à tipicidade, convém externar nossa posição de aplicação com ressalvas ao Direito Administrativo Disciplinar. Muitos defendem o princípio da atipicidade nesse ramo, enquanto nós entendemos haver, em verdade, uma *tipicidade mitigada*. De qualquer forma, no que tange à taxatividade, o princípio da legalidade é de aplicação específica ao Direito Penal (comum e militar).

[98] Note-se que a previsão constitucional do inciso XXXIX do art. 5º é complementada pelo inciso XL do mesmo artigo.

[99] Op. cit., p. 26.

[100] TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 22.

[101] Cf. LUISI, Luiz. Op. cit., p. 40.

[102] Entendemos que não se pode, ao menos na vertente apresentada, postular a fragmentariedade e a subsidiariedade em outros ramos do Direito Público, notadamente o Direito Administrativo Disciplinar, sob pena de a invocação sequencial dessas características conduzir a uma ausência total de intervenção estatal.

[103] Apud LUISI, Luiz. Op. cit., p. 40.

[104] BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 29.

[105] Cf. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 30-36.

[106] Op. cit., p. 41-43.

[107] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 1, p. 11-13.

[108] Processo que visa a afastar a aplicação de pena das condutas, ainda tidas como infração penal, de menor potencial ofensivo.

[109] Processo de retirada de determinadas condutas da esfera do Direito Penal.

[110] Processo que visa, em determinados casos, a afastar a pena de prisão, mormente para cominações ínfimas.

[111] Não basta, como já frisamos, invocar pura e simplesmente uma posição minimalista. É preciso que outros fatores sejam considerados. Em adição ao já aduzido quando tratamos do bem jurídico-penal militar, devem-se levar em conta os riscos da "desformalização" do Direito Penal, transferindo a tutela, pura e simplesmente, para outro ramo que redundará em menor controle da intervenção estatal. Nesse sentido, *vide* SILVA SÁNCHES, Jesus-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Madrid: Bosch, 1992, p. 250-251.

[112] Entendemos que, tal qual ocorre com o princípio da intervenção mínima, o princípio da insignificância não é inaplicável, de forma genérica ao Direito Público, particularmente no caso do Direito Administrativo Disciplinar, sob pena, como já dissemos, de a invocação sequencial da insignificância levar à irresponsabilidade do agente. Assim, deve ele ficar adstrito, em regra ao Direito Penal (comum ou militar), sem que seja um clamor evidente e sempre presente em outros ramos do Direito. Claro, o caso concreto, até pela aplicação da proporcionalidade ou da razoabilidade, pode levar a decisões que considerem a irrelevância do dano causado, mas, nesse caso, não só a irrelevância do dano, mas também outros fatores, como a vida pregressa da pessoa, sua conduta profissional etc., poderão recomendar a não aplicação de sanção. Como exemplo, no plano disciplinar, tome-se um atraso de cinco minutos para o serviço. Caso invoquemos a insignificância, todo atraso, por quem quer que o tenha praticado, será sempre irrelevante disciplinarmente, o que nos parece inadequado. Antes, deve-se avaliar as condições do agente, verificando, por exemplo, qual sua incidência na mesma transgressão disciplinar. Alguém, e. g., que sempre cumpriu seu

dever, demonstrando seu ânimo para o serviço, sua presteza etc., não merece por uma única falha ser punido por um atraso de cinco minutos, porquanto não se torna medida razoável para o caso concreto.

[113] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 1, p. 19.

[114] BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 55.

[115] Para alguns, pode-se inferir o citado princípio dos incisos XVII e XLVI do art. 5º da CF.

[116] *Vide*, nesse sentido, OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 314-315. Além do mais, o legislador já previu expressamente os casos em que se deve aceitar a insignificância da lesão ao bem jurídico quando permite ao juiz desclassificar o crime militar para transgressão disciplinar nos casos de lesão levíssima e de alguns dos crimes culposos contra o patrimônio em que o autor não usa violência ou ameaça (furto, apropriação indébita, receptação e outros).

[117] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 1, p. 275-276.

[118] ALMEIDA, André Vinicius Espírito Santo de. *Erro e concurso de pessoas no direito penal*, cit. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006 (Dissertação de Mestrado em Direito Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais), p. 21.

[119] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 1, p. 275-276.

[120] Até há pouco tempo, principalmente no fim do século XIX e início do século XX, os castigos corporais eram praticados no seio das instituições militares. Não há dúvida de que o princípio em apreço, unido ao inconformismo justificado daqueles submetidos às sanções indignas, suprimiu essa infeliz realidade da caserna. Muito esclarecedor nesse aspecto o episódio conhecido como "Revolta da Chibata", movimento desencadeado, em 23 e 24 de novembro de 1910, por João Cândido, marinheiro negro que liderou uma rebelião a bordo dos principais navios de guerra brasileiros, reivindicando melhores soldos e abolição por completo dos castigos corporais.

[121] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 1, p. 15-16.

[122] Cf. BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Curso de direito penal militar*. Rio de

Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 11-12.

[123] Idem, p. 17.

[124] Idem, p. 20-21.

[125] Idem, p. 21.

[126] Cf. MILLÁN GARRIDO, Antonio. *Justiça Militar*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 109.

[127] *Vide* a atual redação do § 4º do art. 125 da CF.

[128] Para alguns, deve-se advertir, o inciso LXI do art. 5º da CF dispõe que os crimes propriamente militares, para permitirem a prisão sem ordem judicial ou sem a ocorrência de flagrante delito, deveriam estar previstos em lei, constituindo-se em norma constitucional de eficácia limitada. Como não há lei a definir crime propriamente militar, não é possível a aplicação dessa prisão, o que levaria, por ora, à inconstitucionalidade por completo do art. 18 do CPPM. Entendemos, respeitando os defensores dessa vertente, que o artigo do CPPM em comento foi sim recepcionado em parte – mesmo porque há os que entendam que o crime propriamente militar está definido no inciso I do art. 9º do CPM e o impropriamente militar, no inciso II do mesmo artigo –, contudo, sendo de aplicação desnecessária em face de outros instrumentos processuais e até disciplinares, como a prisão preventiva e, em São Paulo, o recolhimento disciplinar previsto no art. 26 da Lei Complementar n. 893, de 9 de março de 2001.

[129] Expressão sinônima de "propriamente militares".

[130] *Vide Direito penal militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 39.

[131] *Vide Comentários ao Código Penal Militar:* parte geral. Curitiba: Juruá, 2001, p. 39.

[132] *Código Penal comentado*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 128.

[133] *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 421.

[134] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar comentado artigo por artigo:* parte geral. Belo Horizonte: Líder, 2009, p. 32.

[135] ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 73.

[136] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 159.

[137] CRUZ, Ione Souza e MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar:* parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 24.

[138] MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 31.

[139] *Direito administrativo disciplinar*. São Paulo: Edipro, 2002.

[140] Op. cit., p. 62.

[141] No sentido de a improbidade administrativa ser uma quarta esfera de responsabilização, por todos, *vide* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 812-813.

[142] MELLO, Rogério Luís Marques de. Da prova indiciária no processo administrativo disciplinar militar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 331, 3 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5287>. Acesso em: 27 set. 2009.

[143] Idem, ibidem.

[144] Idem, ibidem.

[145] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 464.

[146] VERAS, Frederico Magno de Melo. *Culpabilidade nos crimes propriamente militares*. São Paulo: Leud, 2007, p. 66-67.

[147] “As Polícias Militares serão regidas por Regulamento Disciplinar redigido à semelhança do Regulamento Disciplinar do Exército e adaptado às condições especiais de cada Corporação.”

[148] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 613.

[149] NEVES, Cícero Robson Coimbra. “Teoria geral do ilícito disciplina militar: um ensaio analítico. Direito penal e processual penal militar”. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público*, Teoria Geral do Ilícito Disciplina Militar: um Ensaio Analítico. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004, p. 189. Também disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/publicacoes/caderno_8.pdf>.

[150] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., 2004, p. 522.

[151] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 771.

[152] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2006, p. 76.

[153] Cf. ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 14-17.

[154] ASSIS, Jorge César de. Op. cit., p. 84.

[155] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. São Paulo: Forense, 2004, p. 99.

[156] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 2008, v. 1, p. 34.

[157] No Código Penal Militar o delito de violação de domicílio está capitulado no art. 226. Outro bom exemplo desse emprego de expressões e palavras em sentido jurídico-penal, e não com a influência de outros ramos do Direito, está na compreensão do ato de comerciar, previsto como crime para o Oficial em situação de atividade no art. 204 do CPM, cuja constatação prescinde de formalidades exigidas pelo Direito Comercial.

[158] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, cit., p. 101.

[159] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 2008, v. 1, p. 34.

[160] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, cit., p. 101.

[161] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 1, p. 34.

[162] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 74.

[163] Idem, ibidem.

[164] Exemplo de Jorge Alberto Romeiro, em *Curso de direito penal militar*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 23.

[165] Havendo dúvida sobre qual legislação aplicar, optar-se-á pela mais favorável ao réu. É o posicionamento mais moderno, contrariando a limitação outrora existente de que esse princípio deveria ser considerado apenas no momento da apreciação das provas; tal amplitude, oriunda principalmente do Direito alemão, permite que se aplique referido princípio não só nos elementos constitutivos do crime, mas também nos impeditivos da ocorrência de crime (excludentes de antijuridicidade), extintivos (prescrição, anistia etc.), mitigadores de pena (atenuantes, crime continuado etc.), pressupostos processuais (competência, tempestividade dos recursos etc.), independentemente do ônus da prova; compartilha desse entendimento a jurisprudência pátria, inclusive o Superior Tribunal Militar (cf. Jorge Alberto Romeiro, op. cit., p. 22).

[166] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2006, p. 79.

[167] GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira. A jurisdição e seus princípios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 287, 20 abr. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4995>. Acesso em: 22 mar. 2008.

[168] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 1, p. 28.

[169] Idem, ibidem.

[170] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 106.

[171] Processo n. 37.337/03, julgado em 16 de novembro de 2005, pelo Conselho Permanente de Justiça da Primeira Auditoria da Justiça Militar de São Paulo, sob a Presidência do Eminente Juiz de Direito daquela Auditoria, Ronaldo João Roth.

[172] Cf. ROMEIRO. Op. cit., p. 42. Por essa razão, ressalte-se, entendemos em discurso anterior que a distinção entre o Direito Penal Militar material e o formal é ainda útil ao estudo da Ciência Penal.

[173] TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 32.

[174] Cf. MARQUES, José Frederico. Apud ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 52.

[175] Cf. ROMEIRO. Op. cit., p. 53.

[176] TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 32-33.

[177] TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 34.

[178] Cf. ROMEIRO. Op. cit., p. 42.

[179] TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 34-35.

[180] Op. cit., p. 35-36. Nesse ponto adverte o caro mestre que o rol apresentado é muito semelhante ao oferecido por Nélson Hungria.

[181] Entendemos que, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, essa realidade foi alterada, constitucionalizando-se, no âmbito estadual, a alteração trazida pela Lei n. 9.299/96. Ainda assim, é possível reconhecer na referida Emenda Constitucional o surgimento de uma “nova lei” que será mais gravosa ou mais benigna, conforme o prisma de enfoque.

[182] Embora se faça menção à data de 8 de dezembro de 2004, no *site* oficial da Presidência da República (www.planalto.gov.br), a Emenda Constitucional n. 45 está datada de 30 de dezembro de 2004.

[183] Nesse sentido, o egrégio Superior Tribunal Militar tem-se posicionado ao não reconhecer a aplicação da Lei n. 9.299/96.

[184] Acerca da atual construção sobre os crimes dolosos contra a vida, *vide* p. 145 e s.

[185] Nélson Hungria, Heleno Fragoso e Aníbal Bruno.

[186] Basileu Garcia, Celso Delmanto, José Frederico Marques e Francisco de Assis Toledo.

[187] *RTJ*, 94/505.

[188] SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2001, p. 156.

[189] Idem, ibidem.

[190] Para fins didáticos, rogamos que o leitor desconsidere toda a polêmica acerca da definição legal da taxa de juros, que envolvia questões como a possibilidade prática de seguir o patamar constitucional de 12% ao ano (antigo art. 192, § 3º, da CF), se deve ser considerada a prática média do mercado, ou mesmo se o crime é impraticável por impossibilidade de definição legal da taxa de juros. Lembramos, ademais, que, por força da Emenda Constitucional n. 40/2003, a fixação de juros pela Lei Maior foi revogada, o que enriquece o nosso exemplo. Em outras palavras, se alguém houvesse sido condenado pelo delito do art. 267 do CPM antes da Emenda Constitucional n. 40/2003, não lhe aproveitaria a nova redação do art. 192, uma vez que a alteração não agiu na antijuridicidade, mas apenas alterou o patamar de juros anterior.

[191] Op. cit., p. 44.

[192] BARROS, Francisco Dirceu. *Direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 84.

[193] Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 44.

[194] ROMEIRO. Op. cit., p. 57.

[195] Cf. PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. Justiça Militar nas Operações de Paz da ONU. *Revista do Ministério Público Militar*, n. 19, p. 113, 2003.

[196] Idem, ibidem.

[197] ROMEIRO. Op. cit., p. 60.

[198] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 2003, v. 1, p. 82.

[199] Idem, ibidem.

[200] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p. 59.

[201] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 75.

[202] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Método, 2006, p. 252.

[203] LENZA, Pedro. Op. cit., p. 253.

[204] Em suma, o citado dispositivo prevê que a prescrição estará suspensa (ou a prescrição não correrá) enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime, enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro e, depois de passada em julgado a sentença condenatória, durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

[205] Esse dispositivo consigna que a prescrição da ação penal não corre enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime e enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

[206] Nesse sentido dispõe MELO FILHO, José Celso de. Apud MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 2003, v. 1, p. 87.

[207] Cf. LENZA, Pedro. Op. cit., p. 261.

[208] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 438.

[209] LENZA, Pedro. Op. cit., p. 353. Acerca da suspensão da prescrição nesse caso, do que discordamos, em razão de não haver expressa previsão constitucional nesse sentido.

[210] Cf. MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 439.

[211] Cf. LENZA, Pedro. Op. cit., p. 352.

[212] LENZA, Pedro. Op. cit., p. 355, nota 123.

[213] Essa compreensão não é pacífica. Acerca do assunto, *vide* primoroso artigo escrito por Ronaldo João Roth, intitulado "Elegibilidade do militar e suas restrições", no livro *Temas de direito militar* (São Paulo: Suprema Cultura, 2004). *Vide* ainda o Recurso Extraordinário n.

279.469, oriundo do Rio Grande do Sul, que enfrenta a questão, mas que, segundo último lançamento no *site* do STF, colhido em 22 de março de 2008, encontra-se no gabinete do Ministro Cezar Peluso, desde 11 de maio de 2005.

[214] Auto de Prisão em Flagrante Delito n. 17BPMI-023/12/05. Embora se tenha a notícia de que o crime inicialmente fora capitulado como desacato a superior, o processo tem curso na 3ª Auditoria da Justiça Militar por prática de crime de desacato a militar de serviço, art. 299 do CPM.

[215] STEINER, Sylvia Helena F. *O Tribunal Penal Internacional*. IbcCrim. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/tribunal>. Acesso em: 30 dez. 2003.

[216] Idem, ibidem.

[217] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional*, cit., p. 20.

[218] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 39.

[219] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 84.

[220] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 446.

[221] Essa a natureza jurídica do Estatuto.

[222] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional*, cit., p. 27.

[223] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 28.

[224] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 450.

[225] Idem, p. 451.

[226] Idem, p. 451-452.

[227] STEINER. *O Tribunal Penal Internacional*, cit.

[228] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 452.

[229] Idem, ibidem.

[230] Op. cit., p. 454.

[231] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional*, cit., p. 66.

[232] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 468.

[233] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional*, cit., p. 35.

[234] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 469.

[235] COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 469.

[236] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 470.

[237] STEINER, Sylvia Helena F. *O Tribunal Penal Internacional*. IbcCrim. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/tribunal.> Acesso em: 30 dez. 2003.

[238] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional*, cit., p. 71.

[239] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 71.

[240] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 72.

[241] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 1.

[242] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 3-4.

[243] Cf. ESTEFAM, André. *Temas de direito penal e processo penal para concursos*. São Paulo: Ed. Paloma, 2001, p. 31.

[244] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 70.

[245] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal,* cit., 2003, v. 1, p. 94.

[246] Cf. MIRABETE. Op. cit., v. 1, p. 96.

[247] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 142.

[248] Cf. BITENCOURT. *Manual*, cit., v. 1, p. 142.

[249] Idem, ibidem.

[250] Cf. ESTEFAM, André. Op. cit., p. 27.

[251] BITENCOURT. *Manual*, cit., v. 1, p. 136.

[252] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 2.

[253] A filosofia possui duas indagações iniciais nucleares, que marcam seu desenvolvimento histórico: 1) "Qual a natureza de tudo quanto existe?"; 2) "Como podemos, se podemos, saber?". Essas duas questões polarizam a Filosofia em dois caminhos, a saber, a

ontologia, atrelada à perquirição da natureza das coisas materiais ou imateriais (primeira questão nuclear), e a epistemologia, ligada à natureza do conhecimento e de tudo aquilo que podemos saber, se é que o podemos (segunda questão nuclear). MAGGE, Bryan. *História da filosofia*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 7-8.

[254] É preciso assinalar que é impossível, na existência pura de uma forma ou de outra, investigar os problemas fundamentais da Filosofia. Pensar onticamente leva à indagação de se é possível conhecer de fato a essência das coisas, ou seja, uma preocupação epistemológica.

[255] WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução para a língua portuguesa, apresentação e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 34.

[256] GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 43.

[257] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 175.

[258] A visão de imputabilidade, pelo conceito psicológico, como pressuposto de culpabilidade, não é correta, pois o doente mental poderá apresentar capacidade para uma relação psicológica com seu ato, ou seja, poderá agir com dolo, de sorte que, considerar a inimputabilidade como causa de isenção de pena alinha-se melhor à teoria psicológica. *Vide* ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral, cit., p. 603.

[259] ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral, cit., p. 518-519.

[260] GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, cit., p. 44.

[261] Op. cit., p. 31.

[262] Anuindo que o próprio Franz von Liszt reviu a teoria do delito, *vide* Teresa Serra, que assim postula: “As primeiras revisões do sistema clássico do crime partiram do próprio V. Liszt e tiveram na sua raiz a descoberta de que a natureza da omissão não podia compaginar-se com uma ideia de ação entendida como movimento corpóreo”

(*Problema do erro sobre a ilicitude*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 22).

[263] Von LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução para a língua portuguesa de José Higino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Russell, 2003, t. 1, p. 229.

[264] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, cit., p. 5.

[265] GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 77.

[266] Idem, p. 79.

[267] Von LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*, cit., p. 229.

[268] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, cit., p. 6.

[269] GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, cit., p. 59- 60.

[270] Idem, p. 61. Melhor seria dizer reprovabilidade em vez de juízo de reprovação.

[271] ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral, cit., p. 604.

[272] GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, cit., p. 65.

[273] WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, cit., p. 92.

[274] Idem, p. 11-12.

[275] ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, cit., p. 348.

[276] CEREZO MIR, José apud WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal, cit., p. 14 (nota 2).

[277] ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, cit., p. 348.

[278] WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, cit., p. 14 (nota 2).

[279] Idem, p. 27.

[280] Idem, p. 30.

[281] WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, cit., p. 30.

[282] Nesse sentido *vide*, por todos, Bitencourt, para quem "com o surgimento do *finalismo*, pode-se até falar em uma *quinta fase*, na qual se admitem tipos dolosos e tipos culposos com dolo e culpa integrantes destes. O tipo, na visão finalista, passa a ser uma realidade complexa, formada por uma parte objetiva – tipo objetivo –, composta pela descrição

legal, e outra parte subjetiva – tipo subjetivo –, constituída pela *vontade reitora*, com dolo ou culpa, acompanhados de quaisquer outras características subjetivas" (*Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8).

[283] WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. 4. ed. Tradução para a língua espanhola da 11. ed. em língua alemã por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2002, p. 77.

[284] GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*, cit., p. 159.

[285] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, cit., p. 6-7.

[286] HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 58. Tradução para a língua portuguesa de Luís Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 75.

[287] ESTEFAM, André. *Temas de direito penal e processo penal para concursos*. São Paulo: Ed.

Paloma, 2001, p. 27.

[288] Idem, ibidem.

[289] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*, cit., p. 48-49.

[290] Idem, ibidem.

[291] Idem, p. 48.

[292] Idem, p. 50.

[293] Idem, ibidem.

[294] Entende-se "final", aqui, não como expressão ligada à ação direcionada a um fim, mas com o intuito de demonstrar o caráter teleológico, valorativo, a guiar o Direito Penal.

[295] Chamon JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2004, p. 45.

[296] Por todos, *vide* MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: *Direito penal e funcionalismo*. Tradução para a língua portuguesa de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2005, p. 11.

[297] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., p. 11.

[298] Nesse sentido, *vide* Lúcio Chamon, para quem, "enquanto a teoria finalista e a teoria social são antes teoria da *ação* que pretendiam, sobretudo aquela, transformar a Dogmática penal em razão de um *ponto de partida ontológico* que seria chave, as demais teorias não partem desta necessidade do estabelecimento *a priori* de um conceito de ação. Está o funcionalismo mais preocupado com a operacionalização do Direito a partir do conjunto de normas oferecidas, v. g., mediante uma interpretação política (Roxin)" (*Do giro finalista ao funcionalismo penal*, cit., p. 16).

[299] Vale consignar que a pena, por ser um instrumento por excelência do Direito Penal, contém no estudo de sua função o melhor critério para identificar as razões da punição, orientando toda a atividade regulatória e interpretativa do Direito criminal. Nesse sentido, *vide* JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. São Paulo: Manole, 2004, p. XII. Essa possibilidade, por óbvio, não é exclusiva do funcionalismo, mas pode, e deve, tomar corpo no Estado Democrático de Direito, qualquer que seja a orientação sistêmica de seu Direito Penal.

[300] ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, cit., p. 401.

[301] BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal:* parte geral. Tradução da 2. ed. espanhola para a língua portuguesa de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 183-184.

[302] Chamon JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal*, cit., p. 47.

[303] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Tradução para o espanhol e notas de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. 1, p. 217.

[304] ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, cit., p. 401.

[305] Chamon JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal*, cit., p. 47.

[306] Idem, p. 54-55.

[307] GRECO, Luís. *Imputação objetiva:* uma introdução, *apud* ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução para a língua portuguesa e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 232.

[308] ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, cit., p. 232-233.

[309] Idem, p. 241-242.

[310] Chamon JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal*, cit., p. 47-48.

[311] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução para a língua portuguesa de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 102-103.

[312] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, cit., p. 104-105.

[313] Idem, p. 106.

[314] Idem, p. 108.

[315] ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, cit., p. 402.

[316] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: *Direito penal e funcionalismo*, cit., p. 12.

[317] "O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através de seu organismo. Desta forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta

(por exemplo, indo-se ao ponto determinado) não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos" (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução para a língua portuguesa de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45).

[318] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: *Direito penal e funcionalismo*, cit., p. 13-14.

[319] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução para a língua portuguesa de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 67.

[320] Apenas para relembrar, a prevenção geral positiva consiste em uma das teorias acerca dos fins da pena, que se contrapõe à prevenção geral negativa, que se calca, por sua vez, na tentativa de intimidação genérica, frustrando a ação de futuros e incógnitos delinquentes. Como muito bem assenta Duek Marques, essa "nova teoria não vê na pena uma ameaça destinada a intimidar possíveis delinquentes, nos termos preconizados pelos defensores da chamada 'coação psicológica', ou segundo os teóricos do absolutismo, que propõem a reafirmação do poder soberano por meio do exemplo do castigo. Pretende a teoria da prevenção geral positiva reafirmar a consciência social na norma ou confirmar sua vigência, por meio da imposição de sanções penais" (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 104). Prossegue ensinando o dileto autor que a teoria da prevenção geral positiva subdivide-se em fundamentadora e limitadora. Na fundamentadora, na qual se encaixa a visão de Jakobs, a missão da pena é apenas a de "reafirmar o reconhecimento da validade da norma" em uma verdadeira função educativa na formação da consciência ética dos cidadãos. Como se percebe, com o escopo de educar o corpo social no que se refere ao reconhecimento de validade da norma, a vertente fundamentadora poderia ampliar muito o espectro de incidência do Direito Penal, o que deporia contra uma visão de intervenção mínima, surgindo dessa crítica uma nova

vertente para a prevenção geral positiva, a vertente limitadora, que, embora reconheça o efeito comunicativo de reforço da norma na aplicação da pena, exige critérios que limitem a intervenção penal, calcados na culpabilidade (Claus Roxin), na proporcionalidade obtida da relação dialética entre necessidade de prevenção e respeito à humanidade e à ressocialização do delinquente (Silva Sánchez) etc. (idem, p. 105-108).

[321] GRECO, Luís. *Imputação objetiva*, cit., p. 122.

[322] Idem, p. 125.

[323] GRECO, Luís. *Imputação objetiva*, cit., p. 126-128.

[324] JAKOBS, Günther. Apud Greco, Luís. *Imputação objetiva*, cit., p. 126.

[325] GRECO, Luís. *Imputação objetiva*, cit., p. 128.

[326] Nesse sentido, MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: *Direito penal e funcionalismo*, cit., p. 16 (tradução de André Luís Callegari).

[327] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: *Direito penal e funcionalismo*, cit., p. 17.

[328] Idem, p. 17.

[329] Idem, p. 16.

[330] JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. Tradução para a língua portuguesa e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Livr. do Advogado Ed., 2005, p. 25.

[331] Idem, ibidem.

[332] Idem, p. 28-29.

[333] JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: *Direito penal do inimigo*, cit., p. 36.

[334] Idem, p. 37.

[335] Idem, p. 38.

[336] Idem, p. 40.

[337] *Vide* item 6 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal.

[338] NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., p. 98-99.

[339] "(...) Welzel volta agora à concepção da adequação social como causa de

exclusão da tipicidade que havia mantido já na 2ª edição de seu *Manual* e na primeira edição desse livro. Essa mudança é lógica, pois, ao conceber Welzel a adequação social como causa de justificação, incorria em uma contradição com seu conceito de tipo... Se a conduta socialmente adequada está conforme a ordem ético-social normal, histórica, da comunidade, não pode ser ao mesmo tempo típica, ou seja (segundo o conceito de tipo de Welzel), *relevante* para o Direito Penal. O tipo penal não é para Welzel uma descrição avalorada (*vide* as p. 49 e ss. desse livro), mas uma seleção das condutas que supõem uma infração grave, insuportável, da ordem ético-social da comunidade" (CEREZO MIR, José. Apud WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, cit., p. 58, nota n. 12).

[340] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 232.

[341] BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal:* parte geral, cit., p. 185.

[342] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução para a língua portuguesa de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998, p. 44.

[343] HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha*, cit., p. 74.

[344] WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, cit., p. 143.

[345] CANCIO MELIÁ, Manuel. "Direito penal" do inimigo? In: *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. Tradução para a língua portuguesa e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Livr. do Advogado Ed., 2005, p. 59.

[346] CANCIO MELIÁ, Manuel. "Direito penal" do inimigo? In: *Direito penal do inimigo*, cit., p. 65.

[347] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 147.

[348] Op. cit., v. 1, p. 96.

[349] Nesse sentido, Mirabete, op. cit., v. 1, p. 99.

[350] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual*, cit., v. 1, p. 198.

[351] ESTEFAM, André. Op. cit., p. 44.

[352] KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1954, p. 359. Apud TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 91.

[353] BETTIOL. Apud TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 92.

[354] VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Russell, 2003, t. 1, p. 229. Note-se que nesse conceito já se verifica a ideia de voluntariedade na ação, o que permite classificá-lo como um conceito neoclássico que, em sua essência, não deixa de ser causalista.

[355] Op. cit., p. 94-95.

[356] WELZEL, Hans. *Direito penal*. Campinas: Romana, 2003, p. 75-76.

[357] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual*, cit., v. 1, p. 156.

[358] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 16.

[359] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 17.

[360] Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 119.

[361] Op. cit., p. 105.

[362] Op. cit., p. 109.

[363] Apud SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 20.

[364] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 22.

[365] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 2008, v. 1, p. 123.

[366] Idem, ibidem.

[367] Idem, ibidem.

[368] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 2005, v. 1, p. 134.

[369] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz e FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial*. São Paulo: Premier Máxima, 2005, v. 1, p. 272.

[370] Idem, p. 272-273.

[371] Idem, p. 273.

[372] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

[373] Op. cit., v. 1, p. 225.

[374] Cf. CAPEZ, Fernando. Op. cit., v. 1, p. 227-228.

[375] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2001, v. 1, p. 84.

[376] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137.

[377] ESTEFAM, André. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 239.

[378] ESTEFAM, André. Op. cit., p. 241.

[379] ESTEFAM, André. Op. cit., p. 242.

[380] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 592.

[381] Tourinho FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 634.

[382] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 376.

[383] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 191.

[384] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 43.

[385] Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 258.

[386] ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 98.

[387] Op. cit., p. 264.

[388] *Vide* art. 13 do CP.

[389] Para alguns, em face da adoção da teoria da equivalência dos antecedentes, além da irrelevância da distinção entre causa e condição, torna-se despicienda a diferenciação entre causa e concausa. *Vide* CAPEZ, Fernando. Op. cit., v. 1, p. 150.

[390] CAPEZ, Fernando. Op. cit., v. 1, p. 151.

[391] Idem, ibidem.

[392] TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 264.

[393] WELZEL, Hans. Apud TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 259-260.

[394] Op. cit., p. 264.

[395] Cf. ROXIN. Apud TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 261. Como se percebe, aqui temos a adoção de uma solução cunhada por um teórico do funcionalismo, o que respalda a afirmação de que, embora

neguemos o funcionalismo como modelo adequado, alguns de seus postulados podem servir de instrumentos para a solução de problemas específicos.

[396] Op. cit., p. 262.

[397] Op. cit., v. 1, p. 158.

[398] Cf. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 263.

[399] JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 89-91.

[400] Op. cit., p. 265.

[401] JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 91.

[402] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 49.

[403] Op. cit., p. 269.

[404] Apud CAPEZ, Fernando. Op. cit., v. 1, p. 161-162.

[405] MEZGER. *Tratado de derecho penal*, p. 241. Apud TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 269.

[406] Cf. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 279.

[407] JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 34.

[408] RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZÁLEZ, Carlos Suárez e MELIÁ, Manuela Cancio. *Um novo sistema penal*. São Paulo: Manole, 2003, p. 85.

[409] Op. cit., p. 288-289.

[410] Cf. TAVAREZ, Juarez. Op. cit., p. 292.

[411] Idem, ibidem, p. 297.

[412] Idem, ibidem, p. 281.

[413] Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 116.

[414] Op. cit., p. 116.

[415] *Vide* art. 243 do CPPM.

[416] CEDANO, Sérgio. A relevância penal da omissão e o crime de prevaricação. *Revista Direito Militar*, n. 38, p. 3, nov./dez. 2002.

[417] Há, em nosso entendimento, a necessidade de melhor averiguação da responsabilidade penal do garante no concurso de pessoas (ou na pluralidade de pessoas no polo ativo, se se afastar o concurso). Atualmente, a visão majoritária é a de participação, por omissão, em

crime comissivo, e não a coautoria.

[418] Cf. ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 100.

[419] Idem, ibidem.

[420] *RTJ*, 116/177. Apud TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 117.

[421] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 116.

[422] Apanhado calcado nas lições de Cezar Roberto Bitencourt, *Manual*, cit., v. 1, p. 192-197.

[423] Op. cit., p. 457-459.

[424] Frise-se que com a alteração trazida pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, no Código Penal comum, o crime de estupro nesse diploma não mais exige qualidade especial do autor. Todavia, no Código Penal Militar, a restrição de que o sujeito ativo do estupro seja homem continua.

[425] Frise-se que com a alteração trazida pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, no Código Penal comum, o crime de estupro nesse diploma não mais exige qualidade especial do autor. Todavia, no Código Penal Militar, a restrição de que o sujeito ativo do estupro seja homem continua.

[426] ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 75.

[427] Nesse sentido, *vide* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 2008, v. 1, p. 114.

[428] Nesse sentido, *vide* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 2008, v. 1, p. 115.

[429] Idem, ibidem.

[430] A doutrina aponta duas espécies de elementos normativos: 1ª) *elemento normativo jurídico* – o que depende de interpretação jurídica (ex.: funcionário público, documento etc.); 2ª) *elemento normativo extrajurídico ou moral* – o que depende de interpretação não jurídica (ex.: mulher “honesta”). A propósito da palavra “honesta”, lembramos que, por força da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, tal elemento normativo foi extinto no Direito Penal comum, figurando ainda, entretanto, no Direito Penal Militar, no art. 407 do

Código castrense.

[431] Op. cit., v. 1, p. 115.

[432] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 161.

[433] Deve-se lembrar que, após o advento da Lei n. 9.299/96, os crimes dolosos contra a vida, praticados contra civis, passaram a ser crimes comuns. Essa visão não era pacífica, havendo quem entendia que os ditos delitos não tinham perdido o caráter militar, mas apenas passaram para a competência da Justiça Comum. Com a devida vênia, pela má redação da Lei n. 9.299/96, a conclusão por crime comum era, de fato, forçosa, porém não poderia ser outra, sob pena de admitir a alteração de competência constitucional das Justiças Militares por uma lei ordinária. Hoje, como já frisamos várias vezes, houve uma constitucionalização da Lei n. 9.299/96 no âmbito estadual, isso em razão da Emenda Constitucional n. 45/2004. Em resumo, a contenda continua nos crimes militares em âmbito federal, mas não em âmbito estadual, podendo-se afirmar que tais crimes ainda são militares, porém julgados, na atual conformação, pela Justiça Comum.

[434] *Manual*, cit., v. 1, p. 202.

[435] *Manual*, cit., v. 1, p. 208.

[436] Op. cit., p. 54.

[437] PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Elementos de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 1, p. 86.

[438] *Manual*, cit., v. 1, p. 211.

[439] *Manual*, cit., v. 1, p. 212.

[440] *Manual*, cit., v. 1, p. 215.

[441] Op. cit., p. 69.

[442] Idem, ibidem, p. 70.

[443] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 112.

[444] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 116-122.

[445] Idem, ibidem, p. 115.

[446] *Vide* o subitem "*Nexo causal nos crimes omissivos*".

[447] Op. cit., p. 123-124.

[448] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 85.

[449] Cirino dos Santos postula que a culpa consciente possui estrutura similar ao tipo doloso, ou seja, possui tipo objetivo e subjetivo, no que somos obrigados a assentir. Frise-se que, ainda que se defenda a irrelevância do elemento subjetivo no crime culposo, quando do estudo dos crimes em espécie faremos, seguindo a estrutura tradicionalmente apresentada, menção à culpa como elemento subjetivo na análise dos tipos penais, o que se mostra muito mais didático.

[450] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual*, cit., v. 1, p. 222.

[451] *Manual*, cit., v. 1, p. 225.

[452] Cf. BITENCOURT. *Manual*, cit., v. 1, p. 225-226.

[453] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 300-301.

[454] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1995, p. 80.

[455] Cf. Cerezo MIR. *Curso de derecho penal español*. Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual*, cit., v. 1, p. 227.

[456] MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., v. 1, p. 149.

[457] Idem, ibidem.

[458] Idem, ibidem.

[459] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual*, cit., v. 1, p. 232.

[460] Idem, ibidem.

[461] Nesse sentido, *vide* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*, cit., p. 103-104; Gomes, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 214-218; SERRA, Teresa. *Problemática do erro sobre a ilicitude*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 80-86.

[462] Cf. BITENCOURT. *Manual*, cit., v. 1, p. 235.

[463] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal:* parte geral e parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 147.

[464] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal,* cit., 2007, v. 1, p. 200.

[465] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 150.

[466] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal,* cit., 2007, v. 1, p. 201.

[467] Idem, ibidem.

[468] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72.

[469] STJ, Súmula 17: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".

[470] Nesse sentido, *vide* CAPEZ, Fernando. Ob. cit., p. 75. A negar a Súmula 17 do STJ, *vide* no STF o Recurso Extraordinário n. 560.944/PE, julgado em 26-8-2008, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que se reconheceu a existência de concurso de crimes.

[471] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 151. Observe-se que hoje, após a edição da Lei n. 12.015/2009, o art. 215 passou a ter por *nomen juris* "violação sexual mediante fraude".

[472] ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 22.

[473] Essa redação, note-se, é idêntica àquela constante no art. 357 do Código Penal comum de 1969, obedecida a redação original desse Código, pois com a edição da Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973, o crime de corrupção passiva passou a figurar no art. 353 do CP/69, comportando também a modalidade "solicitar" vantagem indevida, não podendo ser parâmetro de comparação para o cotejo proposto.

[474] No CPM, frise-se, o crime de estupro ainda exige que seja homem o sujeito ativo e mulher o sujeito passivo.

[475] Cf. ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 78.

[476] Idem, ibidem.

[477] Mesmo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 essa realidade não se alterou, porquanto, pela nova redação dada ao dispositivo, as Justiças Militares Estaduais somente julgam os delitos militares perpetrados por militares dos Estados.

[478] Op. cit., p. 78.

[479] *Direito penal militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 96.

[480] Cf. ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 78.

[481] Note-se que a Lei n. 9.503/97 é anterior à Lei Complementar n. 95/98;

portanto, a revogação, na época, não carecia ser expressa.

[482] Protocolado n. 34.407/03 – art. 28 do CPP. Conflito suscitado pela 3ª Auditoria de Justiça Militar. Nesse sentido, *vide* ainda NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Bauru: Edipro, 2002, v. 2, p. 92. Ainda na mesma esteira, Protocolados n. 46.012/03, 35.036/03, 11.671/03 e 12.327/03.

[483] Protocolado n. 61.520/04, art. 28 do CPP. Nesse mesmo raciocínio, *vide* Protocolados n. 35.822/02, 62.654/04 e 62.655/04.

[484] STF, *RT* 743/552; STF, HC 74.465/RJ, rel. Min. Nelson Jobim, *DJU*, 28 nov. 1997, p. 62218.

[485] STJ, 5ª Turma, REHC 15.573/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU*, 20 ago. 2000; STJ, HC 11.809/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU*, 21 out. 1999.

[486] CHAVES, Luiz Gonzaga. Aplicação da Lei 9.099/95 na Justiça Militar, após a Lei 10.259/01. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 43, p. 32, 2003.

[487] Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980.

[488] *Vide* art. 2º da Lei Complementar n. 893, de 9 de março de 2001.

[489] O Decreto federal n. 88.777/83, em seu art. 2º, especificamente no n. 3, define agregado como militar da ativa. Cumpre esclarecer que referido Decreto regulamentou o Decreto-Lei federal n. 667/69, que organiza as Polícias Militares no Brasil, diploma recepcionado em parte pelo art. 22, XXI, da CF.

[490] *Vide* LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 98.

[491] Promoção de arquivamento por inexistência de crime militar de lavra da Dra. Nilza Russo Ferreira, 5ª Promotora de Justiça Militar, no bojo dos Autos n. 34002/02, que tramitaram pela 1ª Auditoria da Justiça Militar Paulista.

[492] Cf. LOBÃO, Célio. O art. 42 da Constituição. Crime militar. Equiparação de policial militar a militar das Forças Armadas. Entendimento do STF. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 49, p. 6, 2004.

[493] Cf. LOBÃO, Célio. O art. 42 da Constituição. Crime militar. Equiparação de policial militar a militar das Forças Armadas. Entendimento do STF. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 49, p. 8, 2004.

[494] CComp 7.051, Tribunal Pleno, j. 17-4-1997, *DJ*, 9-3-2001. Apud LOBÃO, Célio. O art. 42 da Constituição. Crime militar. Equiparação de policial militar a militar das Forças Armadas. Entendimento do STF. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 49, p. 9, 2004.

[495] LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 97.

[496] Op. cit., p. 91.

[497] Como exemplo, *vide* art. 2º da Lei Complementar estadual n. 893/2001, Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

[498] ROCHA, Abelardo Júlio da. A*pontamentos acerca do eventual ressurgimento da figura do assemelhado na Polícia Militar de SP*. Disponível em: <www.jusmilitaris.com.br>. Acesso em: 15 mar. 2009.

[499] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 125.

[500] Idem, ibidem.

[501] Idem, ibidem.

[502] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180-181.

[503] Idem, ibidem, p. 181.

[504] TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 44.

[505] O dispositivo dispunha: "Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal interessada, para a suspensão da execução, no todo ou em parte, da lei ou do ato normativo".

[506] Vejamos o trecho central da ementa: "INCONSTITUCIONALIDADE DE ATO NORMATIVO – CONTROLES DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – COMUNICAÇÃO À CASA LEGISLATIVA – DISTINÇÃO. A comunicação da pecha de

inconstitucionalidade proclamada por Tribunal de Justiça pressupõe decisão definitiva preclusa na via recursal e julgamento considerado o controle de constitucionalidade difuso. Insubsistência constitucional de norma sobre a obrigatoriedade da notícia, em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade".

[507] FREUA, Murillo Salles. *O casal de militares perante a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06)*. Disponível em: <www.jusmilitaris.com.br>. Acesso em: 17 fev. 2009.

[508] KOBAL, Fernando Rodrigues. *Direito militar e a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, denominada "Maria da Penha"*. Monografia de conclusão de Especialização em Direito Militar, pela Universidade Cruzeiro do Sul, de São Paulo. Disponível em: <www.jusmilitaris.com.br>. Acesso em: 17 fev. 2009.

[509] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., p. 115. O autor, ao referir-se à posição do Supremo Tribunal Federal, menciona o *Habeas Corpus* n. 58.883/RJ, *DJ*, 9 out. 1981.

[510] Cf. ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 79.

[511] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., p. 119.

[512] CRUZ, Ione de Souza e MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 43.

[513] *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=lugar&stype=k>. Acesso em: 17 fev. 2009.

[514] *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=lugar&stype=k>. Acesso em: 17 fev. 2009.

[515] CRUZ, Ione de Souza e MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, cit., p. 44.

[516] CRUZ, Ione de Souza e MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, cit., p. 44.

[517] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., p. 120.

[518] Nesse sentido, *vide* LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., p. 120-121.

[519] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar:* parte geral.

Curitiba: Juruá, 2001, p. 41.

[520] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., p. 124.

[521] Idem, ibidem, p. 125.

[522] Idem, ibidem, p. 124.

[523] Op. cit., p. 102.

[524] Op. cit., p. 124.

[525] Alínea *f* revogada pela Lei n. 9.299/96.

[526] Cf. LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 110.

[527] Cf. posicionamento do Supremo Tribunal Federal em sede do HC 39.412 (*RTJ*, 24/39). Apud LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 110.

[528] É de ressaltar que os crimes que possuam como elemento constitutivo do tipo legal a palavra "militar", como já assinalamos, não podem ser cometidos por civis ou por militares inativos, exceto quando houver a equiparação dos inativos a militar da ativa (art. 12 do CPM) ou se, tanto para civis como para militares, houver concurso de pessoas, quando o elemento constitutivo, que constitui uma circunstância pessoal, se comunicará com o coautor (art. 53, § 1º, do CPM).

[529] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., p. 134-135.

[530] PRADO, Milton Morassi do. *O crime militar praticado pelo civil contra policiais militares e* jus puniendi *do Estado*. Disponível em: <www.jusmilitaris.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2009.

[531] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar comentado artigo por artigo:* parte geral. Belo Horizonte: Líder, 2009, p. 38.

[532] Cf. LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 110.

[533] Cf. posicionamento do Supremo Tribunal Federal em sede do HC 39.412 (*RTJ*, 24/39). Apud LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 110.

[534] Op. cit., p. 117.

[535] *Michaelis: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1998, p. 1709.

[536] Idem, p. 2202.

[537] LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 139.

[538] *Michaelis: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*, cit., p. 1476.

[539] LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 124.

[540] ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 84.

[541] Idem, p. 84.

[542] LAZZARINI, Álvaro. *Direito administrativo da ordem pública*. São Paulo: Forense, 1987, p. 14.

[543] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* São Paulo: Atlas, 2004, p. 598.

[544] Cf. MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 109.

[545] *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2001, v. 1, p. 294-300.

[546] Embora a ação não tenha tido seguimento por ilegitimidade da Associação para propô-la, os votos do relator e dos demais Ministros, ao apreciarem o pedido de liminar, que foi denegado, deixaram clara a posição do Supremo Tribunal Federal.

[547] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., p. 112.

[548] Embora se faça menção à data de 8 de dezembro de 2004, no *site* oficial da Presidência da República (www.planalto.gov.br), a Emenda Constitucional n. 45 está datada de 30 de dezembro de 2004.

[549] Nesse sentido, *vide A reforma da Justiça Militar em face da Emenda Constitucional n. 45* (NEVES, Cícero Robson Coimbra. Disponível em: http://www.jusmilitaris.com.br).

[550] A reforma do Poder Judiciário e a Justiça Militar. Breves considerações sobre seu alcance. *Revista Direito Militar*, n. 51, p. 23-27, jan./fev. 2005.

[551] Nesse sentido, STREIFINGER, Marcello. *O Tribunal do Júri na Justiça Militar do Estado*. Direito Militar: Doutrina e Aplicações. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011, p. 893 e seguintes.

[552] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Método, 2004, p. 55.

[553] MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 563 (grifei).

[554] *Vide* nossos comentários ao caráter especial do Direito Penal Militar.

[555] *Vide* nossos comentários às legislações penais militares em outros países.

[556] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 79.

[557] Idem, ibidem, p. 81.

[558] Idem, ibidem, p. 80.

[559] Idem, ibidem, p. 81.

[560] Idem, ibidem.

[561] Idem, ibidem.

[562] Idem, ibidem.

[563] Idem, ibidem, p. 82.

[564] Idem, ibidem.

[565] Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., p. 82. Nessa relação entre Ciência do Direito, com feição de foros sistemáticos, e o direito posto, identifica o autor a importância da descoberta da norma hipotética fundamental, empreendida por Hans Kelsen, porquanto se torna ela "o postulado capaz de dar sustentação à Ciência do Direito, demarcando-lhe o campo especulativo e atribuindo unidade ao objeto de investigação" (op. cit., p. 83).

[566] CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., p. 86.

[567] *Vide* art. 5º, XXXVIII, *d*, da CF.

[568] Para alguns, de acordo com a solução adotada anteriormente, o crime voltou a ser militar.

[569] A tipicidade dos crimes dolosos contra a vida no Código Penal Militar merece atenção redobrada, porquanto há de se considerar que, diferentemente do Código Penal comum, não há um capítulo que condense os crimes contra a vida. Nesse contexto, seriam crimes contra a vida apenas o homicídio e a provocação direta ou auxílio ao suicídio, excluindo-se, embora haja entendimentos diversos, o genocídio, que seria delito contra a humanidade, e não contra a vida. Nesse sentido, *vide* decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 351487/RR, rel. Min. Cezar Peluso (3 ago. 2006) "...o direito positivo pátrio protege, de modo direto, bem jurídico supranacional ou coletivo. Logo, no genocídio, não se está diante de crime contra a vida...". Deve-se atentar, ademais, que a tipicidade do crime militar é, em regra, indireta, ou seja, não há um pleno preenchimento da tipicidade apenas pela análise da Parte Especial do Código Penal Militar, devendo-se complementar com a Parte Geral, mormente os

dispositivos do art. 9º.

[570] Por esse dispositivo é competência exclusiva do Congresso Nacional "autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar".

[571] Dispõe o art. 84, em seu inciso XIX, que compete privativamente ao Presidente da República "declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional".

[572] Dispõe o art. 84, em seu inciso XX, que compete privativamente ao Presidente da República "celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional".

[573] Cf. ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 33.

[574] Idem, ibidem, p. 34-35.

[575] ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 87.

[576] Cf. ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 35.

[577] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A autoria no Código Penal e a teoria do domínio do fato. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, p. 171, abr. 2001.

[578] Item 23 da Exposição de Motivos do Código Penal comum, de 1940.

[579] Cf. ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 156.

[580] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 315.

[581] NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Omissão do garantidor em face de conduta delitiva de terceiro:* concurso, autoria colateral ou fato penalmente irrelevante? São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008 (Dissertação de Mestrado em Direito Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais).

[582] MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 227-231.

[583] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal:* parte geral, cit., p. 320.

[584] FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude no direito penal*

militar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 66.

[585] FIGUEIREDO, Telma Angélica. Op. cit., p. 65.

[586] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual*, cit., v. 1, p. 237.

[587] Idem, ibidem.

[588] FIGUEIREDO, Telma Angélica. Op. cit., p. 67.

[589] FIGUEIREDO, Telma Angélica. Op. cit., p. 68.

[590] FIGUEIREDO, Telma Angélica. Op. cit., p. 69.

[591] FIGUEIREDO, Telma Angélica. Op. cit., p. 69.

[592] Citação de Cezar Roberto Bitencourt de Conceito de Hans Welzel (*Manual de direito penal*, cit., v. 1, p. 239.

[593] Op. cit., p. 238.

[594] Pontua mais uma vez Bitencourt (*Manual*, cit., v. 1, p. 238), citando Hans Welzel.

[595] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 160.

[596] FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude no direito penal militar*, cit., p. 42.

[597] *Manual*, cit., v. 1, p. 239.

[598] Op. cit., p. 165.

[599] *Manual*, cit., v. 1, p. 143.

[600] Lei Complementar n. 893, de 9 de março de 2001.

[601] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, entende ser a improbidade administrativa um ilícito civil e político (*Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 679).

[602] A distinção da exaltação da antijuridicidade material, em detrimento da formal, constitui mais um fator limitador do *jus puniendi*, visto que reduz o espectro de incidência do Direito Penal. Todavia, outras abordagens de insignes doutrinadores apontam soluções, no mínimo, instigantes. Nesse sentido, registre-se a posição de Pierangeli e Zaffaroni, que, partindo da distinção entre *antinormatividade* e *antijuridicidade* assinalada por Welzel, entendem incongruente a resolução de certos entraves fáticos pela antijuridicidade, em vez de ser invocada, em primeiro plano, a atipicidade da conduta. Citam o

exemplo do oficial de justiça que, cumprindo seu dever, restringe direito alheio, por exemplo, o de propriedade. Não aceitam a solução da dogmática tradicional em considerar a conduta como típica, porém não dotada de antijuridicidade, por haver amparo de estrito cumprimento do dever legal. Arrematam por dizer que não pode uma norma jurídica proibir aquilo que outra permite, sustentando ser essa conduta atípica, em um conceito amplo de tipicidade penal, caracterizada pela tipicidade legal e pela tipicidade conglobante (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 459).

[603] MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., v. 1, p. 174.

[604] *Manual*, cit., v. 1, p. 240-241.

[605] Idem, ibidem, p. 242.

[606] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual*, cit., v. 1, p. 243.

[607] Idem, ibidem, p. 244.

[608] Idem, ibidem, p. 245-246.

[609] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual*, cit., v. 1, p. 248-249.

[610] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 146.

[611] Idem, ibidem.

[612] FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude no direito penal militar*, cit., p. 77.

[613] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 147.

[614] NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 189-190. Em sentido contrário, *vide*, por todos, NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2006, p. 238-239.

[615] FIGUEIREDO, Telma Angélica. Op. cit., p. 89-90.

[616] Op. cit., p. 148.

[617] Idem, ibidem.

[618] Cf. FIGUEIREDO, Telma Angélica. Op. cit., p. 90.

[619] Op. cit., p. 157.

[620] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 241.

[621] Exemplo de FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude no direito penal militar*, cit., p. 87.

[622] Cf. FIGUEIREDO, Telma Angélica. Op. cit., p. 82.

[623] Cf. FIGUEIREDO, Telma Angélica. Op. cit., p. 87.

[624] Exemplo de FIGUEIREDO, Telma Angélica. Op. cit., p. 87.

[625] Cf. FIGUEIREDO, Telma Angélica. Op. cit., p. 85.

[626] Op. cit., p. 115.

[627] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 135.

[628] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 254-255.

[629] Critério sustentado por Kúhl e Roxin. Apud SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 137-138.

[630] FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude no direito penal militar*, cit., p. 95.

[631] ROMEIRO, Jorge Alberto. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 244.

[632] FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude no direito penal militar*, cit., p. 97.

[633] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 247.

[634] VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 73-77. Tradução de João Vasconcelos.

[635] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 138-139.

[636] Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 586.

[637] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 141-142.

[638] FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude no direito penal militar*, cit., p. 93.

[639] Op. cit., p. 145.

[640] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 256.

[641] Op. cit., p. 551.

[642] FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude no direito penal militar*, cit., p. 99.

[643] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 257.

[644] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 163.

[645] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 164.

[646] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal:* parte geral, cit., p. 272.

[647] LINHARES, Marcello Jardim. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 257.

[648] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 260.

[649] Op. cit., p. 141-142.

[650] FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude no direito penal militar*, cit., p. 110.

[651] Cf. ASSIS, Jorge César de. Op. cit., p. 114-115.

[652] Cf. *Michaelis: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <www.uol.com.br>. Acesso em: 19 jul. 2009.

[653] Cf. *Michaelis: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <www.uol.com.br>. Acesso em: 19 jul. 2009.

[654] Cf. *Michaelis: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <www.uol.com.br> Acesso em: 19 jul. 2009.

[655] FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude no direito penal militar*, cit., p. 115.

[656] FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude no direito penal militar*, cit., p. 116.

[657] *Manual*, cit., v. 1, p. 250.

[658] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 166.

[659] Idem, ibidem, p. 169.

[660] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal:* parte geral e especial, cit., p. 268.

[661] Idem, ibidem.

[662] Op. cit., p. 122.

[663] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal:* parte geral e especial, cit., p. 268.

[664] Idem, ibidem, p. 269.

[665] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 269.

[666] *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 454.

[667] BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 21.

[668] GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 43.

[669] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 175.

[670] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2009, p. 131.

[671] Idem, ibidem.

[672] Cf. GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 59-60.

[673] Idem, ibidem, p. 61.

[674] Idem, ibidem, p. 65.

[675] Op. cit., p. 178.

[676] Op. cit., p. 178.

[677] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 181-182.

[678] Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 184.

[679] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. Op. cit., p. 368.

[680] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 186.

[681] Cf. MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 340.

[682] Idem, ibidem, p. 322.

[683] *Vide* art. 113 do CPM.

[684] BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. Op. cit., p. 350.

[685] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 522.

[686] Não é pacífica a visão de que para o adolescente no CP adotou-se puramente o critério biológico. Alguns defendem que há a adoção do critério biopsicológico. Nesse sentido, Sérgio Shecaira ao dispor que "a fixação da idade de 18 anos, com base em critérios biopsicológicos, acabou por inibir a discussão sobre a responsabilidade dos atos praticados por aqueles que estejam abaixo da idade limite da imputabilidade" (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 155).

[687] Cf. LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Manole, 2004, p. 13.

[688] Idem, p. 13 e 14.

[689] Idem, p. 15.

[690] "A história do Egipto faraônico compreende três grandes épocas tradicionalmente chamadas 'Antigo Império' (da III à VI dinastia: XXVIII-XXIII séc. a.C.), 'Médio Império' (cujo centro é a XII dinastia: primeiro quarto do II milênio antes de Cristo) e 'Novo Império' (XVIII-XX dinastias: séculos XVI-XI a.C.)". GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Apud LIMA, Carolina Alves de Souza. Ob. cit., p. 16.

[691] "Todo poder pertencia ao rei, tido como descendente dos deuses e representante deles na Terra" (LIMA, Carolina Alves de Souza. Ob.

cit., p. 16).

[692] LIMA, Carolina Alves de Souza. Ob. cit., p. 18.

[693] A evolução jurídica da civilização grega é a seguinte: "a) civilização cretense (do século XX ao XV a.C.), depois micênica (séculos XVI a XII a. C.), destruída pelos invasores dórios; na falta de documentos escritos, as instituições e o direito dessa época são muito mal conhecidos. b) A época dos clãs (...), comunidades clânicas, depois aldeãs, assentando num parentesco real ou fictício; o rei (...), chefe do clã, é aí ao mesmo tempo juiz e sacerdote, presidindo o culto familiar. O sistema assenta numa forte solidariedade ativa e passiva dos membros do clã. Encontra-se descrito na Odisseia de Homero. c) A formação das cidades... pelo agrupamento dos clãs, primeiro sob a autoridade do chefe de um deles. As cidades conheceram formas políticas variadas; umas permaneceram monocráticas (ex. Macedônia); noutras, a aristocracia exerceu o poder; noutras ainda, sobretudo nas cidades comerciais, um tirano conseguiu impor-se, quer pela escolha dos seus concidadãos, quer por um golpe de força. [...] d) Nalgumas cidades estabeleceu-se, entre os séculos VIII e VI, um regime democrático; o mais conhecido é o de Atenas, graças aos escritos dos oradores e dos filósofos. As leis de Drácon, de 621, põem fim à solidariedade familiar e tornam obrigatório o recurso aos tribunais para os conflitos entre os clãs [...]. e) No fim do século IV a.C., Alexandre unificou a Grécia, a Ásia Anterior e o Egito sob sua autoridade. O império que fundou não conseguiu, todavia, manter-se; substituem-se nele múltiplas monarquias, nas quais, a partir do século III, o poder é exercido por reis absolutos [...]". GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Apud LIMA, Carolina Alves de Souza. Op. cit., p. 18-19.

[694] LIMA, Carolina Alves de Souza. Op. cit., p. 20.

[695] Cf. LIMA, Carolina Alves de Souza. Op. cit., p. 21.

[696] A civilização romana, sob o enfoque jurídico, compreende os seguintes períodos: "I – do Direito Romano arcaico (época da realeza – de 753 a 510 a. C.); II – do Direito Romano pré-clássico (época da República – de 510 a 27 a.C.); III – do Direito Romano clássico, que

se subdivide em época do Principado (de 27 a 284 d.C.) e na época do Dominato (de 284 a 565 d.C.); e IV – do Direito Justinianeu ou Direito Bizantino, de Justiniano até a queda de Constantinopla (de 565 a 1453 d.C.)" (LIMA, Carolina Alves de Souza. Op. cit., p. 25).

[697] Cf. LIMA, Carolina Alves de Souza. Op. cit., p. 26-27.

[698] Cf. LIMA, Carolina Alves de Souza. Op. cit., p. 29-31.

[699] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de garantias e o direito penal juvenil*, cit., p. 21.

[700] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 22.

[701] Idem, ibidem.

[702] Idem, p. 23.

[703] Idem, p. 23-24.

[704] Cf. LIMA, Carolina Alves de Souza. Op. cit., p. 33.

[705] Em verdade, o Direito Canônico passou por três fases: "a fase da ascensão entre os séculos III a XI; o apogeu, entre os séculos XII e XIII; e a decadência a partir do século XIV, sendo acentuada no século XVI, com a Reforma e a laicização dos Estados" (cf. LIMA, Carolina Alves de Souza. Op. cit., p. 35).

[706] Cf. Carolina Alves de Souza. Op. cit., p. 34-37.

[707] Cf. GILISSEN, John. Apud LIMA, Carolina Alves de Souza. Op. cit., p. 36.

[708] LIMA, Carolina Alves de Souza. Op. cit., p. 39.

[709] Idem, p. 24-25.

[710] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 25.

[711] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 25.

[712] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 26-27.

[713] Idem, p. 28.

[714] Idem, p. 34.

[715] Idem, p. 43.

[716] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 29.

[717] Item 19 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940 em seu texto original.

[718] Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 41.

[719] CORRÊA, Univaldo. A evolução da Justiça Militar no Brasil – alguns dados históricos. In: *Direito militar:* história e doutrina – artigos inéditos.

Florianópolis: AMAJME, 2002, p. 22.

[720] Sempre que o CPM menciona atenuação ou agravação sem determinar o *quantum*, deve-se recorrer ao art. 73, que orienta o juiz a fixar o aumento ou a diminuição *entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime*.

[721] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar:* comentários – doutrina – jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. Curitiba: Juruá, 2007, p. 140.

[722] Cf. DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente* (*Série Leituras Jurídicas: provas e concursos*). São Paulo: Atlas, 2007, p. 3.

[723] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Método, 2007, p. 125.

[724] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 82. O autor anota que o STF, há mais de cinquenta anos, rejeita a tese de inconstitucionalidade superveniente e entende que essa inconstitucionalidade provém "de uma construção doutrinária equivocada", isso porque "as leis nascidas em ordenamentos constitucionais pregressos ao surgimento da nova Constituição são automaticamente revogadas ou recepcionadas por ela" (idem, p. 81).

[725] Nesse sentido ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar,* cit., 2007, p. 139-140.

[726] "Quando no ano ou mês do vencimento não houver o dia correspondente ao do início do prazo, este findará no primeiro dia subsequente".

[727] Cf. DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente* (*Série Leituras Jurídicas: provas e concursos*). São Paulo: Atlas, 2007, p. 6.

[728] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de garantias e o direito penal juvenil*, cit., p. 156-157.

[729] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 157.

[730] SOARES, Carlos Alberto Marques. *Do exame de mérito na legislação penal e processual penal militar ante a prescrição da pretensão punitiva*.

Brasília: Superior Tribunal Militar, 2000, p. 3.

[731] Frise-se que as escusas absolutórias afastam a tipicidade do crime e, portanto, do ato infracional. Em sentido contrário DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente* (*Série Leituras Jurídicas: provas e concursos*). São Paulo: Atlas, 2007, p. 145.

[732] De notar que o art. 243 do CPPM determina às autoridades que prendam quem se encontre em flagrante delito. O art. 244, por sua vez, indica que está em flagrante aquele que é encontrado cometendo o crime (bem como em outras circunstâncias também ligadas ao conceito de crime). Ora, se crime é fato típico, antijurídico e culpável, havendo qualquer patente excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade ao excluir o crime, exclui também a obrigatoriedade de prisão em flagrante, podendo-se optar pelo IPM. Acerca do tema, *vide* artigo intitulado "Atuação da autoridade de polícia judiciária militar com base no conceito analítico de crime", disponível em: <www.jusmilitaris.com.br>.

[733] Conclusão a que se chega após análise do art. 106 do ECA, que menciona apenas a apreensão de adolescente. Nesse sentido, *vide* DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente* (*Série Leituras Jurídicas: provas e concursos*). São Paulo: Atlas, 2007, p. 148. Para os autores, no entanto, a criança poderia ser encaminhada ao Conselho Tutelar ou à Autoridade Judiciária para medida protetiva.

[734] Súmula 108 do STJ: "A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz".

[735] ASSIS, Jorge César de. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Juruá: Curitiba, 2003, p. 15.

[736] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 170.

[737] "Art. 230. Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente."

[738] Nesse sentido, DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA,

Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente* (*Série Leituras Jurídicas: provas e concursos*). São Paulo: Atlas, 2007, p. 169.

[739] MANN, Thomas. *Doutor Fausto*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p. 56.

[740] Ao persistir a imposição de pena somente para os crimes hediondos ou equiparados, estariam excluídos dessa possibilidade os crimes militares, já que a Lei dos Crimes Hediondos possui um rol taxativo calcado no Código Penal comum. Todavia, pedimos vênia para continuar a construção ignorando tal detalhe, uma vez que a inconstância da matéria é patente, não sendo impossível uma mudança de direção no sentido das alterações.

[741] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 564.

[742] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1067.

[743] Idem, ibidem.

[744] Idem, p. 1068.

[745] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 58.

[746] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2006, p. 283.

[747] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., 2007, p. 126-127.

[748] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 186.

[749] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 291.

[750] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 291.

[751] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2009, p. 139.

[752] HUNGRIA, Nélson. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 294.

[753] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 294.

[754] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 140.

[755] MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., v. 1, p. 197.

[756] MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., v. 1, p. 168.

[757] Neste ponto Cezar Roberto Bitencourt não concorda com Luiz Flávio

Gomes, ao afirmar que um dos pontos convergentes entre as teorias extremada e limitada da culpabilidade é o fato de que ambas "adotam o erro de tipo como excludente de dolo, e admitem, quando for o caso, o crime culposo" (BITENCOURT, Cezar Roberto e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, cit., p. 403).

[758] GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, cit., p. 105.

[759] BITENCOURT, Cezar Roberto e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, cit., p. 403.

[760] Idem, p. 65.

[761] Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, cit., p. 68.

[762] ROTH, Ronaldo João. "Aberratio ictus" e a Lei n. 9.299/96. *A Força Policial*, n. 33.

[763] ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 115.

[764] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual*, cit., v. 1, p. 208.

[765] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 54.

[766] Op. cit., p. 210.

[767] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 199.

[768] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 338.

[769] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 338-339.

[770] CRUZ, Ione Souza e MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar:* parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 102.

[771] SANTOS, Alexandre Andrade dos. *A coação física e moral no ordenamento penal militar***.** Trabalho apresentado como monografia para a obtenção do título de Especialista em Direito Militar. Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, 2007, p. 45-46.

[772] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 275.

[773] Cf. ASSIS, Jorge César de. Op. cit., p. 108.

[774] ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 130.

[775] Op. cit., p. 329.

[776] JESUS, Damásio E. de. *Curso de direito penal:* parte geral. São Paulo:

Saraiva, 1988, p. 455.

[777] GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36-37.

[778] DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 2, p. 367 (itálico no original).

[779] ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 167.

[780] Nesse sentido, Esmeraldino Bandeira em citação de Jorge Romeiro, op. cit., p. 51-52.

[781] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 155.

[782] "Art. 61. A pena privativa da liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar."

[783] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 157.

[784] No caso específico de São Paulo, dentre outras peculiaridades, por previsão da Portaria n. 003/04-CECRIM, o regime fechado encontra ainda a divisão em três estágios, previstos nos arts. 4º, 5º e 6º.

[785] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 188-189.

[786] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., 2009, p. 517.

[787] Idem, ibidem.

[788] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 518.

[789] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 164.

[790] CRUZ, Ione de Souza e MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 139.

[791] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 162.

[792] ROTH, Ronaldo João. O cálculo da pena no processo penal militar. *Revista Direito Militar*, Santa Catarina: AMAJME, n. 67, 2007.

[793] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, cit., p. 163.

[794] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, cit., p. 186.

[795] NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 251-252.

[796] NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 1, p. 252.

[797] CP, art. 59: "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime...".

[798] Nesse sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, cit., p. 180-181.

[799] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, cit., p. 178-179.

[800] SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 189.

[801] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, cit., p. 163.

[802] ROTH, Ronaldo João. O cálculo da pena no processo penal militar. *Revista Direito Militar*, cit., n. 67.

[803] "Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime."

[804] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 163.

[805] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 169.

[806] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, cit., p. 207- 211.

[807] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, cit., p. 209.

[808] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, cit., p. 210.

[809] Nesse sentido também postula ROTH, Ronaldo João. O cálculo da pena no processo penal militar. *Revista Direito Militar*, cit., n. 67.

[810] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 197.

[811] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de Direito Penal*, cit., p. 197.

[812] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, cit., p. 220.

[813] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 194.

[814] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de Direito Penal*, cit., p. 194.

[815] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de Direito Penal*, cit., p. 194.

[816] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 459.

[817] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008, p. 132.

[818] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 196.

[819] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, cit., p. 243.

[820] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., p. 227.

[821] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 175.

[822] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 201.

[823] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 176.

[824] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 189.

[825] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 165.

[826] ROTH, Ronaldo João. A diversidade de votos absolutórios no Conselho e Justiça. *Revista Direito Militar*, Santa Catarina: AMAJME, n. 76, 2009.

[827] Nesse sentido, ROTH, Ronaldo João. O cálculo da pena no processo penal militar. *Revista Direito Militar*, cit., n. 67.

[828] ROTH, Ronaldo João. O cálculo da pena no processo penal militar. *Revista Direito Militar*, cit., n. 67.

[829] Op. cit., p. 216.

[830] Op. cit., p. 223.

[831] *Comentários ao Código Penal Militar:* parte geral, cit., 2001, p. 212-214.

[832] ASSIS, Jorge César de. *Direito militar:* aspectos penais, processuais penais e administrativos. Curitiba: Juruá, 2002. p. 163-167. O autor consigna várias decisões sobre o assunto, exaltando o entendimento majoritário dos Tribunais de Justiça Militar, do Tribunal de Justiça do Paraná e, em perfeito arremate, do Supremo Tribunal Federal.

[833] ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 229.

[834] *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 217-218.

[835] Op. cit., p. 232.

[836] Op. cit., p. 239.

[837] Op. cit., p. 243.

[838] *Comentários ao Código Penal Miliatr*, cit., p. 226-227.

[839] ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 245.

[840] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 2003, v. 1, p. 361.

[841] Idem, ibidem.

[842] CAPEZ, Fernando. Op. cit., v. 1, p. 388.

[843] *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 231.

[844] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal:* parte geral e parte especial, cit., 2006, p. 458.

[845] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal:* parte geral e parte especial, cit., 2006, p. 459.

[846] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, cit., p. 265-266.

[847] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 185.

[848] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 188-189.

[849] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, cit., p. 328-329.

[850] *Direito penal militar*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 87-88.

[851] LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, cit., p. 93.

[852] *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 194.

[853] Op. cit., p. 212.

[854] LOUREIRO NETO, José da Silva. Op. cit., p. 213.

[855] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., v. 1, p. 659.

[856] Cf. SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 229.

[857] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., v. 1, p. 662.

[858] Cf. Roberto Lyra. Apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., v. 1, p. 663.

[859] Cf. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., v. 1, p. 663.

[860] Em sentido da desnecessidade de declaração em sentença, *vide* SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 229.

[861] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2006, p. 506.

[862] BITENCOURT, Cézar Roberto. *Manual de direito penal*, cit., v. 1, p. 126.

[863] Nesse sentido, GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., v. 1, p. 666.

[864] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., 2009, p. 510.

[865] Idem, ibidem, p. 516.

[866] Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 511.

[867] Apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., v. 1, p. 665.

[868] Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 517.

[869] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, cit., p. 519.

[870] Idem, ibidem.

[871] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17.

[872] Nesse sentido ANDRADE, Vander Ferreira de. *Direito penal:* parte geral. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 244.

[873] Tourinho FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 291-292.

[874] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 689.

[875] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 274.

[876] Segundo CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, não há aqui um exemplo perfeito de impossibilidade jurídica do pedido, porquanto há avaliação de mérito acerca do fato, sendo, mais propriamente, uma situação de improcedência do pedido (*Teoria geral do processo*, cit., p. 275). De qualquer sorte, este é o exemplo mais corriqueiro na doutrina.

[877] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 275.

[878] Cf. ANDRADE, Vander Ferreira de. Op. cit., p. 244-245.

[879] Tourinho FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, cit., v. 1, p. 337.

[880] Tourinho FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, cit., v. 1, p. 329.

[881] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal:* parte geral, 2002, p. 688.

[882] “Art. 5o A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa

fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil."

[883] Nesse sentido, Tourinho FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, cit., v. 1, p. 357.

[884] Note-se que falamos em oferecimento, e não em recebimento da denúncia.

[885] BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 174.

[886] Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal:* parte geral, cit., p. 691.

[887] BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*, cit., p. 175-176.

[888] Cf. ANDRADE, Vander Ferreira de. Op. cit., p. 246.

[889] BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*, cit., p. 179.

[890] Idem, ibidem, p. 180.

[891] ANDRADE, Vander Ferreira de. Op. cit., p. 246.

[892] Nesse sentio, BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*, cit., p. 190.

[893] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal:* parte geral, cit., p. 705.

[894] Nesse sentido, BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*, cit., p. 186.

[895] ASSIS, Jorge César de. *Código de Processo Penal Militar anotado*, cit., 2004, p. 69.

[896] *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 249.

[897] *Elementos de direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 43.

[898] LOBÃO, Célio. *Direito processual penal militar*. São Paulo: Método, 2009, p. 75.

[899] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 248.

[900] ROTH, Ronaldo João. A ação penal privada subsidiária da pública e o poder de o ofendido atuar no processo penal militar. *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME*, n. 72, p. 27-28, jul./ago. 2008.

[901] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. São Paulo:

Forense, 2004, p. 507.

[902] Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal:* parte geral, cit., p. 699.

[903] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. cit., 2003, v. 1, p. 381.

[904] JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6.

[905] BARROS, Francisco Dirceu. *Direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 854.

[906] Cf. JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*, cit., p. 6.

[907] ROTH, Ronaldo João. Crime de exercício de comércio por oficial: a perda do posto e da patente como causa inominada de extinção da punibilidade. *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME*, n. 80, p. 40, nov./dez. 2009.

[908] Para melhor compreender nossa visão acerca da pena de suspensão do exercício do posto, cargo ou função, *vide* nossos comentários a essa sanção penal em NEVES, Cícero Robson Coimbra e STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

[909] BARROS, Francisco Dirceu. *Direito penal:* parte geral, cit., p. 854-855.

[910] BARROS, Francisco Dirceu. *Direito penal:* parte geral, cit., p. 855.

[911] Essas duas situações são muito bem apontadas por César Dario Mariano da Silva em *Manual de direito penal*, cit., p. 262.

[912] Cf. JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*, cit., p. 8-9.

[913] SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 263.

[914] "Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina."

[915] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 2003, v. 1, p. 385. *Vide* ainda SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 263.

[916] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, cit., 2004, p. 510.

[917] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2006, p. 542.

[918] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 2003, v. 1, p. 386.

[919] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 542.

[920] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal:* parte geral e parte especial, cit., p. 68.

[921] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 544.

[922] Cf. ANDRADE, Vander Ferreira de. *Direito penal:* parte geral, cit., p. 254.

[923] JUNQUEIRA, Gustavo O. Diniz. *Direito penal*. São Paulo: Siciliano Jurídica, 2004, p. 158.

[924] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal:* parte geral, cit., p. 705.

[925] DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 165.

[926] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal:* parte geral, cit., 2003, p. 400-401.

[927] NEVES, Cícero Robson Coimbra e STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de direito penal militar*, cit., 2005, p. 33.

[928] Idem, ibidem, p. 16.

[929] Idem, ibidem.

[930] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., 2009, p. 306.

[931] Idem, ibidem.

[932] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal:* parte geral, cit., p. 400-401.

[933] JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*, cit., p. 14.

[934] FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 168-169.

[935] O R-200 regulamentou o Decreto-Lei n. 667/69, ato normativo primário, recepcionado em parte pelo disposto no inciso XXI do art. 22 da Constituição Federal. Ambos, o Decreto-Lei e o Decreto que o regulamentou, são aplicáveis a todas as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares do Brasil.

[936] SOARES, Ailton, SOUZA, Otávio Henrique Oliveira e MORETTI, Roberto de Jesus. *Legislação policial militar anotada*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 102.

[937] LAZZARINI, Álvaro. *Direito administrativo da ordem pública*. São Paulo: Forense, 1987, p. 14.

[938] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 2003, v. 1, p. 386.

[939] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal:* parte geral, cit., 2002, p. 705.

[940] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 254.

[941] ROTH Ronaldo João. Crime de exercício de comércio por oficial: a perda do posto e da patente como causa inominada de extinção da punibilidade. *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME*, n. 80, p. 35, nov./dez. 2009.

[942] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 675-676.

[943] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 256.

168-A ROTH, Ronaldo João. *Temas de direito militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 79.

[944] MAGEE, Bryan. *História da filosofia*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 14.

[945] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2006, p. 551.

[946] HUGO, Victor. *Os miseráveis*. Portugal: Publicações Europa-América, 1999, p. 260. Na obra de Victor Hugo, o personagem central é Jean Valjean (João Valjean na tradução portuguesa), que um dia, quando não há trabalho, dinheiro ou comida, subtrai um pão, mas é preso e condenado a passar cinco anos na prisão, pena que é aumentada com o passar dos anos em face de suas tentativas de fuga, chegando a cumprir dezenove anos e, finalmente, deixando o cárcere em liberdade condicional. Embora em liberdade condicional, tem por obrigação apresentar-se regularmente, sob possibilidade de ficar preso por toda a vida. Sentindo-se marginalizado pelas circunstâncias, foi ajudado por Monsenhor Benvindo, mas, em vez de se mostrar agradecido, acaba por furtar-lhe. Jean Valjean é preso novamente com objetos de prata de Monsenhor Benvindo, sendo levado à presença deste, que, em vez de confirmar o furto, diz aos responsáveis pela prisão de Jean Valjean que havia lhe dado pratas e

ainda diz que Valjean havia se esquecido de levar os castiçais, sendo Valjean libertado e tornado-se uma pessoa boa, que voltou a acreditar nas pessoas. Torna-se uma pessoa bem-sucedida nos negócios, escondido em uma pequena cidade, com um novo nome (Monsieur Madeleine). O chefe de polícia do local, o Inspetor Javert, passa a investigar o passado de Valjean, descobrindo, enfim, tratar-se de alguém em liberdade condicional que não cumpriu seus termos, e, portanto, procurado. A história, com outros acontecimentos, passa a relatar uma verdadeira caçada do Inspetor Javert em relação a Jean Valjean. Contudo, como se pode perceber, o conjunto da obra trata de uma perseguição que dura anos a fio, que se principiou com a subtração de um pão, encontrando muita identidade com a ideia de inexistência de um prazo para que a persecução criminal se encerre.

[947] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 550.

[948] Note-se que com o advento da Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, no Código Penal comum a situação ficou mais gravosa ao acusado, pois nesses casos a prescrição em abstrato se dará em três anos, de acordo com a nova redação do inciso VI do art. 109 do CP.

[949] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 287.

[950] Note-se que o julgado é anterior à Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, que alterou o termo inicial da prescrição retroativa, além de elevar a prescrição para os crimes com pena cominada inferior a um ano para o prazo de três anos.

[951] Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, cit., 2003, v. 1, p. IX.

[952] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 271.

[953] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 281.

[954] Nesse sentido, BOMFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*, cit., p. 258. *Vide* também MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*, cit., 1997, p. 179.

[955] BOMFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*, cit., p. 257.

[956] Idem, ibidem, p. 257-258.

[957] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*,

cit., p. 275.

[958] SOARES, Carlos Alberto Marques. Da deserção e da prescrição – reflexões. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 74, p. 8, nov./dez. 2008.

[959] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 281.

[960] Cf. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., 2006, p. 261.

[961] Idem, ibidem, p. 353.

[962] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 497.

[963] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1034.

[964] GOMES, Luiz Flávio. *Reformas penais em curso (3/20):* investigação preliminar. Disponível em: <www.lfg.com.br>, 19 abr. 2003.

[965] COLDIBELLI, Nelson e MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 145-146.

[966] Essa a visão de Jorge César de Assis (*Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 249). Registre-se, todavia, visão diversa de Cláudio Amin Miguel e Nelson Coldibelli, para os quais, no caso de o sujeito ativo ser militar, a propositura da ação dependerá de requisição do Comandante da Força Armada respectiva (*Elementos de direito processual penal militar*, cit., p. 43).

[967] CRUZ, Ione Souza e MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 228.

[968] "Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, *recebê-la-á* e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias". (g. n.)

[969] "*Recebida* a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente". (g. n.)

[970] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2009, v. 1, p. 749.

[971] Apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., p. 749.

[972] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*, cit., p.

715.

[973] Idem, ibidem, p. 719-720.

[974] Apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., p. 750.

[975] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., p. 750-751.

[976] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit, p. 284.

[977] Tourinho FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*, cit., 2009, p. 788.

[978] ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, cit., 2002, v. 1, p. 759.

[979] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 562.

[980] Idem, ibidem, p. 562-563.

[981] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 284.

[982] Em artigo elaborado em abril de 2005, essa posição foi sustentada. *Vide* NEVES, Cícero Robson Coimbra. Crimes dolosos, praticados por militares dos Estados, contra a vida de civis: crime militar julgado pela Justiça Comum. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 834, 15 out. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7416>. Acesso em: 16 set. 2009. *Vide* ainda no mesmo sentido ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Crimes dolosos contra a vida praticados por militares estaduais contra civis e a competência da Justiça Militar Estadual. Breves considerações. *Jus Vigilantibus*. Disponível em: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 834, 15 out. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7416>. Acesso em: 16 set. 2009.

[983] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2006, v. 1, p. 891.

[984] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 565.

[985] Idem, ibidem.

[986] Cf. SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 274.

[987] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 834.

[988] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 275. Frise-se que o autor se referia ao texto antigo do § 1º do art. 110 do CP, antes da Lei n. 12.234/2010.

[989] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 262.

[990] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., p. 817.

[991] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 275.

[992] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 261.

[993] Conforme alerta SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 277.

[994] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., p. 833.

[995] Idem, ibidem.

[996] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., v. 1, p. 753.

[997] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 277.

[998] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., 2008, p. 107.

[999] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 555.

[1000] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 278.

[1001] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2001, v. 1, p. 177.

[1002] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 277-278.

[1003] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., v. 1, p. 250.

[1004] ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 309.

[1005] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 553-554.

[1006] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 559. Também nesse sentido, *vide* SILVA, César Dario Mariano, *Manual de direito penal*, cit., p. 278.

[1007] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 559-560.

[1008] Aqui incluímos também os militares dos Estados, por entendermos que os cargos de militar estadual e federal não guardam identidade para fins penais e processuais penais militares.

[1009] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 279.

[1010] Nesse sentido, SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 286-287. O autor, nessa ocasião, cita julgado do extinto Tribunal de

Alçada Criminal do Estado de São Paulo, a saber, o HC 297.956, do TACrim de São Paulo, julgado em 6 de janeiro de 1997, sob relatoria de Renato Nalini.

[1011] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 274.

[1012] *Temas de direito militar*, São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 92.

[1013] ROTH, Ronaldo João. Op. cit., p. 89.

[1014] Idem, ibidem, p. 90.

[1015] Idem, ibidem.

[1016] Idem, ibidem, p. 91.

[1017] STF, 2ª T., HC 79.432/PR, rel. Min. Nelson Jobim, j. em 14-9-1999, apud ROTH, Ronaldo João. Op. cit., p. 90.

[1018] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., 2004, p. 52.

[1019] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2004, v. 2, p. 17-18.

[1020] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar esse delito em âmbito federal, por incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF).

[1021] *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2003, p. 19.

[1022] DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico,* cit., 1996, v. 2, p. 367 (itálico no original).

[1023] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 2005, v. 1, p. 134.

[1024] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial.* São Paulo: Premier Máxima, 2005, v. 1, p. 272.

[1025] Idem, ibidem, p. 272-273.

[1026] Idem, ibidem, p. 273.

[1027] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

[1028] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, conforme o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter sua

conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1029] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal:* parte geral, cit., 2002, p. 243.

[1030] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, conforme o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1031] Cf. ASSIS, Jorge César. Op. cit., p. 23.

[1032] Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias (art. 105, I, *i*, da CF – texto atualizado de acordo com a EC n. 45, de 8-12-2004).

[1033] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 89-90.

[1034] A ideia de soberania foi formalmente conceituada pela primeira vez por Jean Bodin, em seu "*Les Six Livres de la République*", datado aproximadamente de 1576. É uma das bases do Estado Moderno e, apesar de um desvirtuamento conceitual, continua a ser concebida de duas maneiras: "como sinônimo de *independência*, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de *poder jurídico mais alto*, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica" (DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 84).

[1035] Aqui nos parece arriscado postular que todo local onde há exercício de soberania se constitui em território do país. Melhor seria postular que uma característica do território é a possibilidade de, sobre ele,

exercer-se a soberania, mas é perfeitamente possível o exercício de soberania fora do território, porquanto a soberania alcança os indivíduos e não o espaço físico. Voltaremos à discussão dessa compreensão mais abaixo.

[1036] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral, cit., 2004, p. 133 (itálico no original).

[1037] Idem, ibidem, p. 134.

[1038] No que concerne às fronteiras naturais materializadas por rios e lagos, necessário que se façam algumas observações. Em caso de rios pertencentes a dois Estados, o limite do território será a equidistância das margens ou pela linha de maior profundidade (linha de Talweg). Já para os lagos, o limite se dá pela linha que liga ao centro os pontos extremos do território.

[1039] Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 91.

[1040] Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 134.

[1041] Idem, ibidem.

[1042] Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 92.

[1043] MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., v. 1, p. 75.

[1044] "O Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial" (idem, ibidem).

[1045] Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 93.

[1046] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., v. 1, p. 82.

[1047] Nessa linha, *vide* DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 83.

[1048] DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 82.

[1049] Pode o estudioso estar, nesse ponto, se questionando a razão pela qual não há o desrespeito, por outros Estados nacionais, às duzentas milhas, visto não se enquadrar no território nacional. A resposta, todavia, parece simples e já consignada em nossas linhas: há um respeito à fixação da zona econômica exclusiva porque tal conduta interessa à ordem internacional, caracterizando, também, a teoria da autolimitação do Estado, em que um Estado se contém para não agredir a outro ente de tamanha grandeza.

[1050] Deve-se ter em foco que o CPM, permeado por um causalismo neoclássico, ainda comporta o dolo e a culpa na culpabilidade, e não

no fato típico, razão pela qual quem age em erro de fato essencial, se inevitável, será isento de pena.

[1051] Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 84.

[1052] *Vide* o preâmbulo da Constituição Federal.

[1053] “Art. 1º. O IMPERIO do Brazil é a associação Politica de todos os Cidadãos Brazileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admitte com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia.

Art. 2º. O seu territorio é dividido em Provincias na fórma em que actualmente se acha, as quaes poderão ser subdivididas, como pedir o bem do Estado”.

[1054] “Art. 1º A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.

Art. 2º Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte”.

[1055] ROCHA, Abelardo Júlio da. *Pode o militar da ativa participar do quadro societário de empresa privada?*. Florianópolis: AMAJME. Revista Direito Militar n. 88 mar./abr. de 2011.

[1056] LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, cit., 1992, p. 113.

[1057] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 236.

[1058] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 236.

[1059] *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=lugar&stype=k>. Acesso em: 17 fev. 2010.

[1060] *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=lugar&stype=k>. Acesso em: 17 fev. 2010.

[1061] De notar que a modalidade do parágrafo único não possui a pena mínima grafada, devendo o operador buscar a pena mínima genérica

conforme o art. 58 do CPM.

[1062] Aqui também vale a pena lembrar que o CPM ainda comporta o dolo e a culpa na culpabilidade, e não no fato típico, razão pela qual quem age em erro de fato essencial, se inevitável, será isento de pena pela exclusão do dolo.

[1063] Conforme já postulamos nos comentários à Parte Geral, entendemos inexistente hodiernamente a figura do assemelhado, o que restringe a sujeição ativa própria aos militares.

[1064] Por inativos deve-se compreender aqueles que já se encontram reformados ou em situação de reserva remunerada. Os da reserva não remunerada, como já expusemos, não estão sujeitos ao Código Penal Militar.

[1065] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal:* parte geral, cit., 2005, p. 533.

[1066] Op. cit., p. 396.

[1067] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 395-396 (itálicos do autor).

[1068] Op. cit., p. 80-82 e 97.

[1069] Cf. ASSIS, Jorge César de. Op. cit., v. 2, p. 37.

[1070] Nesse sentido, *vide* crítica perspicaz de Célio Lobão. Op. cit., p. 163.

[1071] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 132.

[1072] Idem, ibidem.

[1073] Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal:* parte geral, cit., 2003, p. 73.

[1074] Exemplo baseado em CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 74.

[1075] Cf. CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 75.

[1076] STJ, Súmula 17: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".

[1077] Nesse sentido, *vide* CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 75. A negar a Súmula 17 do STJ, *vide* no STF o Recurso Extraordinário n. 560.944/PE, julgado em 26-8-2008, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que se reconheceu a existência de concurso de crimes.

[1078] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 131.

[1079] Idem, ibidem, p. 132.

[1080] CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 72.

[1081] STJ, Súmula 17: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".

[1082] Frise-se que a Súmula 17 do STJ é questionada jurisprudencialmente, por exemplo, no STF, o Recurso Extraordinário n. 560.944/PE, julgado em 26-8-2008, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que se reconheceu a existência de concurso de crimes.

[1083] Para a compreensão dos elementos típicos "quartel", "hangar" etc., *vide* comentários ao delito do art. 147 – "Desenho ou levantamento de plano ou planta de local militar ou de engenho de guerra".

[1084] Op. cit., p. 164.

[1085] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1086] Op. cit., p. 167.

[1087] Idem, ibidem, p. 159.

[1088] Op. cit., p. 167.

[1089] DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*, cit., 1996, v. 1 e 2, p. 190-191 (itálico no original).

[1090] Idem, ibidem, p. 191.

[1091] Cf. LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 172.

[1092] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1093] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos

incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1094] Op. cit., p. 179.

[1095] Esse o aporte de Jorge César de Assis. Op. cit., p. 50.

[1096] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 171.

[1097] FERRO, Ana Luiza Almeida. *Escusas absolutórias no direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 33.

[1098] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1099] *Michaelis, Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <www.uol.com.br>.

[1100] *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <www.uol.com.br>.

[1101] Op. cit., v. 2, p. 120.

[1102] *Michaelis, Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <www.uol.com.br>.

[1103] *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <www.uol.com.br>.

[1104] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. Refere-se o doutrinador ao autor de suicídio, contexto em que buscamos a lição transcrita.

[1105] Idem, ibidem, v. 2, p. 120.

[1106] *Michaelis, Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <www.uol.com.br>.

[1107] *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <www.uol.com.br>.

[1108] Op. cit., v. 2, p. 398.

[1109] BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*. São Paulo: Juscrédi, 1972, v. 2, p. 24-25.

[1110] Apud ASSIS, Jorge César. Op. cit., p. 51.

[1111] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar.

[1112] *Michaelis, Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <www.uol.com.br>.

[1113] *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <www.uol.com.br>.

[1114] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar.

[1115] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar.

[1116] Exceto o militar da reserva não remunerada, como já vimos afirmando.

[1117] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta da Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF). Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1118] LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 183.

[1119] Nesse sentido LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 188.

[1120] Cf. LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 186.

[1121] Cf. LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 187. A expressão “coscientemente e volontariamente trattiene per un braccio il superiore” significa, em

tradução livre do idioma italiano, tracionar, arrastar a força, pelo braço, o superior hierárquico.

[1122] Cf. LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 187.

[1123] Op. cit., v. 1, p. 556.

[1124] **OM** = organização(ões) militar(es).

[1125] **F Ter** = Força Terrestre.

[1126] Os Oficiais Superiores são os detentores dos postos de Major, Tenente-Coronel e Coronel.

[1127] Vide, ainda, o art. 17 do mesmo Regulamento, que equipara a Unidade àquelas com funções administrativas: As OM estruturadas para exercer administração própria, possuindo competência para realizar atos de gestão de bens da União e de terceiros e às quais foi concedida autonomia ou semiautonomia administrativa, são denominadas, também, unidades administrativas.

[1128] Em tempo de guerra ainda há a possibilidade de postos superiores aos consignados: na Marinha, o Almirante; no Exército, o Marechal; na Aeronáutica, o Marechal do ar.

[1129] Op. cit., v. 1, p. 556.

[1130] *O mínimo da pena de reclusão é de um ano, e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias, e o máximo de dez anos*.

[1131] Sobre as posições acerca do homicídio qualificado privilegiado, *vide* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal,* cit., v. 2, p. 75-76.

[1132] Nesse sentido LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 188.

[1133] Op. cit., p. 189.

[1134] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1135] Cf. ASSIS, Jorge César. Op. cit., p. 56. *Vide*, ainda, o art. 194 do RISG, que traz as principais funções do *Oficial de Dia*.

[1136] A designação “Comandante de Força Patrulha” pode conter variações como “Ronda Oficial” (RO), “Coordenador de Policiamento da Unidade” (CPU) ou “Oficial de Ronda”, as duas últimas consignadas por Jorge César de Assis (*Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 56). A expressão compreende o Oficial responsável pelo policiamento ostensivo de determinada região, geralmente com um efetivo sob seu comando que equivale a um Pelotão.

[1137] *Vide* art. 222 do RISG: *O serviço em cada posto de sentinela será dado por três homens ou mais, durante as vinte e quatro horas, dividido em quartos, de modo que um mesmo homem não permaneça de sentinela mais de duas horas consecutivas*. O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que *em caso de necessidade, por motivos diversos, particularmente por razões de segurança, a sentinela será dupla e, neste caso, um dos homens se manterá no posto e o outro assegurará permanente cobertura ao primeiro e ligação com os demais elementos da guarda*. *Vide*, ainda, art. 207, § 2º, do RISG: *Todo o pessoal da guarda manter-se-á corretamente uniformizado, equipado e armado durante o serviço, pronto para entrar rapidamente em forma e atender a qualquer eventualidade*.

[1138] Art. 232 do RISG.

[1139] Não se fala aqui em preterdolo, cuja possibilidade será estudada mais adiante, no art. 159.

[1140] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 51.

[1141] Ap. Crim. 4.605/98, em sede do Proc. n. 020117/97, em curso pela 4ª Auditoria de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Rel. Cel. PM Lourival da Costa Ramos, Segunda Câmara. Decisão unânime.

[1142] Ressaltamos que, a nosso ver, os delitos que possuam o superior como ofendido devem ter prevalência em nome do princípio da especialidade.

[1143] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter

sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar.

[1144] Op. cit., v. 1, p. 235.

[1145] Op. cit., v. 1, p. 153.

[1146] Termo utilizado para significar o estudo primeiro do Direito Penal, compreendendo os delitos clássicos de lesão a bens individuais como a vida, o patrimônio etc. Contrapõem-se a esse Direito Penal clássico duas novas vertentes: uma que busca a solução para os delitos da sociedade pós-industrial, em resumo marcado por uma vertente de menores garantias individuais dos acusados com penas diversas da privação de liberdade, para que se possa ter a contrapartida; outra vertente é a do chamado "Direito Penal do Inimigo", que em suma busca uma flexibilização das garantias, sem a contrapartida das penas restritivas de direito, voltando-se, principalmente, para aquela criminalidade sem rosto, própria dos atos de terrorismo.

[1147] Exceto o militar da reserva não remunerada, como já vimos afirmando.

[1148] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta da Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF). Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1149] Op. cit., p. 200.

[1150] Op. cit., p. 201.

[1151] Ap. Crim. 4.952/00 do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo.

[1152] Ap. Crim. 5.222/03 do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo.

[1153] Ap. Crim. 5.454/05 do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo.

[1154] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1155] Em São Paulo, essa previsão está expressa no n. 1 do § 1º do art. 9º da

Lei Complementar n. 893, de 9 de março de 2001 (RDPM).

[1156] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta da Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF).

[1157] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, conforme o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1158] Op. cit., p. 211.

[1159] Com exceção do militar da reserva não remunerada.

[1160] Excluindo-se o militar da reserva não remunerada.

[1161] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, conforme o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1162] Exceto o militar da reserva não remunerada, como já vimos afirmando.

[1163] Op. cit., p. 214.

[1164] Referindo-se ao termo "insubordinação".

[1165] BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Direito penal militar*. São Paulo: Francisco Alves, 1915, p. 267.

[1166] Em sentido contrário, LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 215.

[1167] Cf. LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 217-219. Ainda nesse sentido, ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 65.

[1168] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., 2004, p. 219.

[1169] Cf. LOUREIRO NETO, José da Silva. Apud ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 64.

[1170] Idem, ibidem.

[1171] Idem, ibidem, p. 65.

[1172] Hoje não mais é possível a edição de decretos-lei. Todavia, aqueles que não contenham inconstitucionalidade material foram recepcionados e continuam em vigor com força de outro instrumento normativo.

[1173] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1174] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar.

[1175] Op. cit., p. 383.

[1176] *Vide* ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 69-70.

[1177] Cf. BARILE, Paolo. Apud MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., 2005. p. 68.

[1178] MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 27.

[1179] Idem, ibidem, p. 28.

[1180] Idem, ibidem.

[1181] Ainda cf. MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 28.

[1182] MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 68. (g. n.)

[1183] Nesse sentido LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 382.

[1184] Em sentido oposto LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 383.

[1185] Op. cit., p. 382.

[1186] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar.

[1187] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta da Justiças Militares

Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF).

[1188] *Art. 69. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime*.

[1189] Op. cit., p. 222.

[1190] Idem, ibidem.

[1191] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., 2002, p. 178.

[1192] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, conforme o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1193] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF).

[1194] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, conforme o art. 53, § 1º, segunda parte, *somente sob a forma de participação*, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1195] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados

(art. 125, § 4º, da CF).

[1196] Op. cit., p. 387.

[1197] Idem, ibidem.

[1198] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, conforme o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1199] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF).

[1200] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, conforme o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1201] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF).

[1202] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, conforme o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1203] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF).

[1204] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, conforme o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1205] Em São Paulo, previstas nos n. 1 e 4 do § 1º do art. 9º da Lei Complementar n. 893, de 9 de março de 2001 (RDPM).

[1206] Op. cit., v. 1, p. 392.

[1207] Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal:* parte general. 5. ed. Quinta Granada: Comares, 2002, p. 705 (tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete).

[1208] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar.

[1209] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF).

[1210] Reconhecidamente, o instituto da requisição originou-se no meio militar, com origens bélicas, posteriormente se transformando em instrumento da Administração Pública em geral.

[1211] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., 2004, p. 130.

[1212] Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 591.

[1213] Idem, ibidem, p. 590.

[1214] Nesse sentido *vide* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 130. *Vide* ainda MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 591.

[1215] Perceba-se que o Decreto-Lei faz menção à Força Aérea, o que não se encontra no Regulamento aprovado pelo Decreto n. 17.859/27.

[1216] Para verificar ainda a temática das requisições, *vide:* Lei Delegada n. 4,

de 26 de setembro de 1962, regulamentada pelo Decreto n. 51.644-A, de 26 de novembro de 1962, que versa sobre intervenção no domínio econômico; Decreto-Lei n. 2, de 14 de janeiro de 1966, regulamentado pelo Decreto n. 57.844, de 18 de fevereiro de 1966, que versa sobre requisição de bens e serviços essenciais ao abastecimento da população; Lei n. 6.439, de 1º de setembro de 1977, que autoriza a requisição em caso de calamidade pública, perigo público iminente ou ameaça de paralisação das atividades de interesse da população, a cargo de entidades da Previdência e Assistência Social; Lei n. 6.855, de 18 de novembro de 1980, que cria a Fundação Habitacional do Exército.

[1217] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, conforme o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1218] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF).

[1219] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, conforme o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelo inciso I do art. 9º, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1220] Exceto o militar da reserva não remunerada, como já vimos afirmando.

[1221] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta da Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF). Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1222] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1223] Exceto o militar da reserva não remunerada, como já vimos afirmando.

[1224] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF). Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1225] Cf. LOBÃO, Célio. Apud ASSIS, Jorge César de. Op. cit., p. 82.

[1226] Cf. NETO, José da Silva Loureiro. Apud ASSIS, Jorge César de. Op. cit., p. 82.

[1227] O inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, que também se aplica ao civil, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar, já que estará cometendo o delito como militar em situação de atividade.

[1228] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar.

[1229] Op. cit., v. 3, p. 449.

[1230] Art. 5º, LXVII, da Cf. Lembremo-nos de que o Pretório Excelso, por unanimidade, negou provimento ao RE 466.343, que discutia a prisão civil de alienante fiduciário infiel, tomando como argumento a tese esposada pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brail aderiu possuem um *status* supralegal, de sorte que o Pacto da San José da Costa Rica prevalece sobre norma infraconstitucional, tornando inviável esta espécie de prisão civil.

[1231] Ao aqui utilizarmos o termo "preso" queremos significar a condição do militar que esteja em privação ou restrição de liberdade por força de previsão em regulamento disciplinar de sua instituição, seja em recolhimento disciplinar, prisão, detenção, permanência disciplinar, permanência na sede etc.

[1232] Súmula 75 do STJ: *Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o Policial Militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal.*

[1233] Cf. LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 398.

[1234] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar.

[1235] Art. 5º, LXVII, da Cf. Lembremo-nos de que o Pretório Excelso, por unanimidade, negou provimento ao RE 466.343, que discutia a prisão civil de alienante fiduciário infiel, tomando como argumento a tese esposada pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brail aderiu possuem um *status* supralegal, de sorte que o Pacto da San José da Costa Rica prevalece sobre norma infraconstitucional, tornando inviável esta espécie de prisão civil.

[1236] MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., v. 3, p. 454.

[1237] Art. 5º, LXVII, da Cf. Lembremo-nos de que o Pretório Excelso, por unanimidade, negou provimento ao RE 466.343, que discutia a prisão

civil de alienante fiduciário infiel, tomando como argumento a tese esposada pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brail aderiu possuem um *status* supralegal, de sorte que o Pacto da San José da Costa Rica prevalece sobre norma infraconstitucional, tornando inviável esta espécie de prisão civil.

[1238] Ao aqui utilizarmos o termo "prisão", referimo-nos àquela em que o militar está em privação ou restrição de liberdade por força de previsão em regulamento disciplinar de sua instituição, seja em recolhimento disciplinar, prisão, detenção, permanência disciplinar, permanência na sede etc.

[1239] Ainda que tenhamos um preso militar da ativa praticando violência contra outro militar da ativa, a correta subsunção será na alínea *e*, uma vez que o objeto de tutela não repousa na pessoa natural, mas na Instituição Militar.

[1240] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar.

[1241] Art. 5º, LXVII, da Cf. Lembremo-nos de que o Pretório Excelso, por unanimidade, negou provimento ao RE 466.343, que discutia a prisão civil de alienante fiduciário infiel, tomando como argumento a tese esposada pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brail aderiu possuem um *status* supralegal, de sorte que o Pacto da San José da Costa Rica prevalece sobre norma infraconstitucional, tornando inviável esta espécie de prisão civil.

[1242] Ao aqui utilizarmos o termo "prisão" queremos significar aquela em que o militar está em privação ou restrição de liberdade por força de previsão em regulamento disciplinar de sua instituição, seja em recolhimento disciplinar, prisão, detenção, permanência disciplinar, permanência na sede etc.

[1243] Cf. LOUREIRO NETO, José da Silva. Op. cit., p. 149.

[1244] Nesse sentido, *vide* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal,* cit., v. 3, p. 455.

[1245] Ainda que tenhamos um preso militar da ativa praticando violência contra outro militar da ativa, a correta subsunção será na alínea *e*, uma vez que o objeto de tutela não repousa na pessoa natural, mas na Instituição Militar.

[1246] A norma penal comum não prevê a figura do internado.

[1247] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar.

[1248] Nesse sentido LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 412-413. Em sentido oposto, embora comentando tipo penal análogo da legislação penal comum, MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal,* cit., v. 3, p. 457.

[1249] Op. cit., p. 413.

[1250] Art. 5º, LXVII, da Cf. Lembremo-nos de que o Pretório Excelso, por unanimidade, negou provimento ao RE 466.343, que discutia a prisão civil de alienante fiduciário infiel, tomando como argumento a tese esposada pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brail aderiu possuem um *status* supralegal, de sorte que o Pacto da San José da Costa Rica prevalece sobre norma infraconstitucional, tornando inviável esta espécie de prisão civil.

[1251] Ao aqui utilizarmos o termo “prisão”, referimo-nos àquela em que o militar está em privação ou restrição de liberdade por força de previsão em regulamento disciplinar de sua instituição, seja em recolhimento disciplinar, prisão, detenção, permanência disciplinar, permanência na sede etc.

[1252] Op. cit., p. 91.

[1253] A norma penal comum não prevê a figura do internado.

[1254] O civil ou inativo que pratique crime como militar da ativa, por equiparação do art. 12 ou pela comunicação de elementar do tipo

penal, de acordo com o art. 53, § 1º, segunda parte, não deve ter sua conduta complementada pelo inciso III, mas pelos incisos I ou II do art. 9º, conforme o caso, tudo do Código Penal Militar.

[1255] Na letra da lei, o art. 88 menciona equivocadamente crime de insubordinação, na verdade o Capítulo V do Título II da Parte Especial do CPM.

[1256] O recrutamento de praças para as Polícias Militares obedecerá ao voluntariado, de acordo com legislação própria de cada Unidade da Federação, respeitadas as prescrições da Lei do Serviço Militar e seu regulamento.

[1257] Deve-se lembrar que no CPM, pela estrutura causal, falar em culpabilidade é falar também em dolo e culpa, elementos integrantes da culpabilidade. Ademais, temos uma concepção de dolo no Código Castrense que abarca também a consciência da ilicitude (*dolus malus*).

[1258] ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar:* parte geral, cit., p. 73.

[1259] Op. cit., p. 100.

[1260] BARROS, Francisco Dirceu. *Direito penal:* parte geral, cit., p. 854-855.

[1261] Op. cit., v. 3, p. 325.

[1262] Op. cit., p. 360.

[1263] "Logo, o cidadão matriculado e incorporado em órgão de formação de reserva adquire a condição de militar e, como consequência, pratica o crime de deserção" (LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., p. 264).

[1264] Em primeiro plano, frise-se que o comentário dos autores se refere à redação do art. 213 do CP, antes da alteração trazida pela Lei n. 12.015/2009, que eliminou a exigência de que o sujeito ativo do estupro seja apenas o homem. Atente-se, ademais, que não era pacífica a visão de que o estupro não admitia coautoria, aliás, predominante era a visão em sentido contrário. Por todos, *vide* Mirabete, que ao comentar o delito em relevo, aduz que é "coautor aquele que concorre eficazmente para a consumação do estupro,

ainda que não tenha mantido relações sexuais com a ofendida (STF, *RTJ 104:*978; *RT 543:*466, *545:*398, *555:*344, *575:*479, *588:*363, *684:*303, *713:*341; *JTJ 171:*295). Nada impede, aliás, que a mulher seja partícipe (*RT 704:*369) ou coautora do crime, colaborando na violência ou na grave ameaça contra a vítima...” (*Manual de direito penal,* cit., v. 2, p. 419).

[1265] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 675.

[1266] MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 232.

[1267] Idem, ibidem, p. 233.

[1268] Idem, ibidem.

[1269] LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 258. Nesse sentido, vide ainda, no STM, Embargos de Declaração n. 2001.01.0487228-9/RJ, rel. Min. Sérgio Xavier Ferolla, j. em 8-11-2001.

[1270] Op. cit., p. 257.

[1271] COSTA, Alexandre Henriques da. *Manual prático dos atos de polícia judiciária militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 123.

[1272] Op. cit., p. 102.

[1273] Note-se que o causalismo tem por característica o esvaziamento da conduta no que tange ao seu elemento subjetivo, alocado na culpabilidade, como dispõe o art. 33 do CPM. Por essa razão, correto afirmar que a estrutura causal deve considerar a culpabilidade como elemento do crime, ou de outro modo estaria admitindo que o crime não carece de elemento psíquico, o dolo.

[1274] Essa discussão já foi travada em NEVES, Cícero Robson Coimbra. Legalidade da condução coercitiva do ausente, publicado na *Revista Direito Militar* – AMAJME, n. 35, maio/jun. 2002.

[1275] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., 2001, p. 515.

[1276] Para os integrantes da Polícia Militar do Estado de São Paulo, significa afronta aos valores dos incisos VI e VIII do art. 8º da Lei Complementar n. 893/2001.

[1277] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., 1999, p. 233.

[1278] Para a Polícia Militar do Estado de São Paulo, *vide* art. 26 da Lei Complementar n. 893/2001.

[1279] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal iInterpretado*, cit., 2000, p. 827.

[1280] MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 29.

[1281] JUTACrim, 84/400.

[1282] O recolhimento disciplinar, previsto no art. 26 da Lei Complementar n. 893/2001, substituiu, em São Paulo, a antiga prisão administrativa disciplinar de caráter preventivo.

[1283] Cf. CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 75. A negar a Súmula 17 do STJ, *vide* no STF o Recurso Extraordinário n. 560.944/PE, julgado em 26-8-2008, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que se reconheceu a existência de concurso de crimes.

[1284] STJ, Súmula 17: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".

[1285] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 132.

[1286] BACIGALUPO. Enrique. *Direito penal:* parte geral. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 522 (grifo nosso).

[1287] A pena para a deserção é de detenção, de seis meses a dois anos (se oficial, a pena é agravada), enquanto para o crime de abandono de posto a pena cominada é de detenção, de três meses a um ano.

[1288] Op. cit., p. 259.

[1289] SOARES, Ailton; SOUZA, Otávio Henrique Oliveira; MORETTI, Roberto de Jesus. *Legislação policial militar anotada*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 102.

[1290] LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 259.

[1291] MIGUEL, Cláudio Amin Miguel; COLDIBELLI, Nelson. *Elementos de direito processual penal militar*, cit., 2008, p. 156.

[1292] Op. cit., p. 268.

[1293] Nesse sentido LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 269.

[1294] MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 707.

[1295] Idem, ibidem.

[1296] Cf. quadro demonstrativo de Alexandre de Moraes. *Direito constitucional*, cit., p. 709.

[1297] Op. cit., p. 271.

[1298] Preciso que se diga que a agregação por recolhimento ao cárcere em prisão civil ou em prisão provisória não encontra exata previsão nos estatutos, sendo praticada por inferência de outras possibilidades, como agregação em razão de o militar ficar exclusivamente à disposição da Justiça Comum para ser processado (inc. VIII do art. 5º do Dec.-Lei n. 260/70, em São Paulo).

[1299] Op. cit., p. 123.

[1300] Op. cit., p. 276.

[1301] Op. cit., p. 109.

[1302] Idem, ibidem.

[1303] Art. 4º do Decreto-Lei estadual n. 260, de 29 de maio de 1970.

[1304] Nesse sentido, *vide* LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 275.

[1305] Aqui, é claro, nos referimos aos casos de reserva remunerada a que pode estar sujeito o militar de carreira e não àquela reserva alcançada pela exclusão do serviço ativo, própria de quem está em prestação de serviço militar obrigatório. Note-se que, pelo Estatuto dos Militares, consideram-se reserva das Forças Armadas todos os *cidadãos em condições de convocação ou de mobilização para a ativa* (art. 4º, I, *b*). Obviamente, não é a essa reserva que nos referimos. Para o militar em serviço militar obrigatório, como já afirmamos, não é a inatividade que configura o delito, mas sim a exclusão do serviço ativo nos termos já consignados.

[1306] Art. 108 do Estatuto dos Militares.

[1307] Dispositivo com redação alterada pela Lei federal n. 9.764, de 18 de dezembro de 1998.

[1308] STF, HC 70.440-9, de 28-8-1993.

[1309] LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 279.

[1310] Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da CF, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que

menciona.

[1311] LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 280.

[1312] A redação original do dispositivo dizia que a alteração da lei será feita (art. 12) por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo (inc. III) sendo que *o dispositivo que sofrer modificação de redação deverá ser identificado, ao seu final, com as letras NR maiúsculas, entre parênteses* (alínea *d*). A redação atual da alínea *d*, dada pela Lei Complementar n. 107, de 24 de abril de 2001, que não estava em vigor quando da alteração do art. 190, é a seguinte: *é admissível a reordenação interna das unidades em que se desdobra o artigo, identificando-se o artigo assim modificado por alteração de redação, supressão ou acréscimo com as letras 'NR' maiúsculas, entre parênteses, uma única vez ao seu final, obedecidas, quando for o caso, as prescrições da alínea* c.

[1313] Op. cit., v. 2, p. 113.

[1314] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., 2004, v. 1, p. 74.

[1315] Idem, ibidem.

[1316] Cancelada conforme *DJU*, n. 77, 24 abr. 1995.

[1317] Cf. LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 284

[1318] Idem, ibidem.

[1319] Cf. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

[1320] Cf. LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 283.

[1321] Essa é a visão de Célio Lobão com a qual anuímos (*Direito penal militar*, cit., p. 285-286).

[1322] Por inativos deve-se compreender aqueles que já se encontram reformados ou em situação de reserva remunerada. Os da reserva não remunerada, conforme já expusemos, não estão sujeitos ao Código Penal Militar.

[1323] Op. cit., p. 80-92, 97 e 289.

[1324] Op. cit., p. 289.

[1325] LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 288.

[1326] Também no sentido de que o tipo abrange a detenção disciplinar,

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar,* cit., p. 293. Ainda nesse sentido, ASSIS, Jorge César. *Comentários ao Código Penal Militar,* cit., v. 2, p. 114.

[1327] Op. cit., p. 123.

[1328] Op. cit., p. 115.

[1329] Op. cit., v. 3, p. 325.

[1330] Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem for insubmisso ou desertor, ou seja, encontrado em flagrante delito.

[1331] Para Célio Lobão, calcado nas lições de Manzini, essa hipótese comportaria a coautoria e não a participação. *Direito penal militar*, cit., 2004, p. 304.

[1332] Nesse sentido LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 306.

[1333] Cf. ASSIS, Jorge César de. Op. cit., v. 2, p. 117.

[1334] Cf. LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 302.

[1335] Op. cit., p. 117-118.

[1336] *Michaelis, Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <www.uol.com.br>.

[1337] Idem.

[1338] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 236.

[1339] MORAES, Alexandre. Op. cit., p. 301 (g. n.).

[1340] Art. 142 da CF.

[1341] Art. 144, § 5º, da CF.

[1342] Op. cit., p. 315.

[1343] Op. cit., p. 180.

[1344] *Vide* ainda o art. 8º, 2, *g*, da Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de São José da Costa Rica"), assinada e ratificada pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992.

[1345] JESUS, Damásio E. de. Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do "bafômetro". *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, ano 3, n. 2, p. 57, jul./dez. 2004.

[1346] *Vide* ainda TJM/RS, Ap. Crim. 2.949/97, rel. Juiz Cel. Antônio Codorniz de Oliveira Filho, j. 2-4-1997. Também nesse sentido *vide* Célio Lobão

Ferreira, apud ASSIS, Jorge César. *Comentários ao Código Penal Militar,* cit., v. 2, p. 126.

[1347] Op. cit., p. 443.

[1348] A designação "Comandante de Força Patrulha" pode conter variações como "Ronda Oficial" (RO), "Coordenador de Policiamento da Unidade" (CPU) ou "Oficial de Ronda", as duas últimas consignadas por Jorge César de Assis (*Comentários ao Código Penal Militar,* cit., p. 56). A expressão compreende o Oficial responsável pelo policiamento ostensivo de determinada região, geralmente com um efetivo sob seu comando que equivale a um Pelotão.

[1349] Em sentido oposto, entendendo que o delito em estudo pode alcançar outras funções, no caso especificamente o serviço de operador da rede eletrônica de mensagens, *vide* TJMSP, Ap. Crim. 5.347/04, rel. Juiz Cel. Fernando Pereira, j. em 16-8-1905.

[1350] Nesse sentido, *vide* TJMRS, Ap. Crim. 3.033/97, rel. Juiz José Luiz Vieira, j. em 18-2-1998.

[1351] Op. cit., p. 333.

[1352] REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial.* São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 10.

[1353] TJMSP, Ap. Crim. 5.111/02, rel. Juiz Cel. Lourival Costa Ramos, j. em 27-10-2005.

[1354] COSTA, Alexandre Henriques da. O crime de "comércio ilícito" praticado por Oficial da ativa e sua derrogação em razão da vigência do novo Código Civil em 2003. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 38, nov./dez. 2002.

[1355] Op. cit., p. 333-335.

[1356] Op. cit., p. 135.

[1357] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal,*. cit., p. 42-43.

[1358] NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., v. 1, p. 74.

[1359] Idem, ibidem.

[1360] Exemplo de Jorge Alberto Romeiro (*Curso de direito penal militar*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 23).

[1361] Malgrado nossa visão sobre a empresa de segurança, não há unanimidade

nessa questão. Em sentido contrário, ou seja, entendendo que empresa de segurança pode ser enquadrada como atividade comercial, por todos, *vide* a Apelação Criminal n. 5.927/08 (Feito n. 44.236/06 – 1ª Auditoria), julgada pela 2ª Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo em 28-1-2010, sob relatoria do Juiz Cel. PM Orlando Geraldi, em que se decidiu: “Incorre no crime de exercício de comércio o oficial da Polícia Militar que toma parte na *administração e gerência de empresa de segurança, alicia subordinados para nela trabalharem e manipula as escalas de serviço a fim de atender a interesses privados* (...)”. (g. n.)

[1362] Cf. LOBÃO, Célio. Op. cit., p. 335.

[1363] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1364] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 23.

[1365] SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 325.

[1366] HUNGRIA, Nélson. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2006, p. 294.

[1367] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., p. 294.

[1368] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 2, p. 49.

[1369] Em sentido contrário, entendendo que o pagamento pode não ter cunho patrimonial, *vide* GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* (Niterói: Impetus, 2008, v. 2, p. 164).

[1370] SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal,* cit., p. 296.

[1371] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, cit., 2006, p. 741.

[1372] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, cit., p. 741.

[1373] Cf. SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., 2009, p. 297.

[1374] Cf. SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., 2009, p. 317-318.

[1375] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p.

85.

[1376] ROTH Ronaldo João. Crime de exercício de comércio por oficial: a perda do posto e da patente como causa inominada de extinção da punibilidade. *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME*, n. 80, p. 35, nov./dez. 2009.

[1377] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 1, p. 149.

[1378] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 1, p. 149.

[1379] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 1, p. 149.

[1380] Nesse sentido, *vide* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*, cit., 2000, p. 103-104; Gomes, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, cit., p. 214-218; SERRA, Teresa. *Problemática do erro sobre a ilicitude*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 80-86.

[1381] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1382] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1383] MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millenium, 1999, v. 4, p. 163-164.

[1384] SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 323.

[1385] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2005, v. 2, p. 232.

[1386] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., v. 2, p. 235.

[1387] SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 325.

[1388] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1389] Apud MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., 1986, v. 2, p. 85.

[1390] MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 38.

[1391] MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*, cit., p. 38.

[1392] SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 340.

[1393] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., 1999, v. 2, p. 138.

[1394] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2005, v. 2, p. 321.

[1395] Idem, ibidem.

[1396] DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*, cit., p. 276.

[1397] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 177.

[1398] ROTH, Ronaldo João. O reconhecimento pela Justiça Militar da infração disciplinar. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 3, jan./fev. 1997.

[1399] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1400] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 85.

[1401] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1402] Cf. SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 365.

[1403] Cf. SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 366.

[1404] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2005, v. 2, p. 390.

[1405] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 241.

[1406] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2005, v. 2, p. 394.

[1407] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 213.

[1408] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1409] ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar*, parte geral, cit., p. 84.

[1410] Embora se faça menção à data de 8 de dezembro de 2004, no *site* oficial da Presidência da República (www.planalto.gov.br), a Emenda Constitucional n. 45 está datada de 30 de dezembro de 2004.

[1411] Nesse sentido, *vide* FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 158.

[1412] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1413] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., p. 1071.

[1414] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2006, p. 624.

[1415] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2008, v. 2, p. 427.

[1416] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., p. 1072.

[1417] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., p. 1088.

[1418] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2006, p. 624.

[1419] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., 2002, v. 2, p. 228.

[1420] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2008, v. 2, p. 434.

[1421] Idem, ibidem.

[1422] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., 2006, p. 438.

[1423] LENZA, Pedro. Op. cit., p. 353. Acerca da suspensão da prescrição nesse caso, do que, com a devida vênia, discordamos, apesar de posição do Supremo Tribunal Federal ter decidido nesse sentido.

[1424] Cf. MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 439.

[1425] Cf. LENZA, Pedro. Op. cit., p. 352.

[1426] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2008, v. 2, p. 436.

[1427] Em sentido contrário, entendendo que o pagamento pode não ter cunho patrimonial, *vide* GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., v. 2, p. 164.

[1428] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 1113.

[1429] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 1129.

[1430] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 358.

[1431] Entendendo desnecessária a audiência nesse caso, pela omissão da lei penal e processual penal militar, posiciona-se Jorge César de Assis (*Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 481).

[1432] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., v. 2, p. 358-359.

[1433] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 480.

[1434] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 502.

[1435] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*, cit., 2005, p. 1138-1139.

[1436] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 1078.

[1437] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1438] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 1088.

[1439] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*, cit., 2010, p. 433.

[1440] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 505.

[1441] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2010, v. 2, p. 344.

[1442] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 1113.

[1443] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1444] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 328.

[1445] Idem, p. 324.

[1446] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1447] "Na mitologia grega, Procusto era um salteador sanguinário que obrigava suas vítimas a deitar sobre um sinistro leito de ferro, do qual nenhuma saía com vida: se elas fossem mais curtas que o leito, estirava-as com cordas e roldanas; se ultrapassassem as medidas, cortava a parte que sobrava. Teseu foi ao seu encalço e matou-o, fazendo-o provar seu próprio remédio. A expressão é usada para qualquer tipo de padrão que seja aplicado à força, sem o menor respeito por diferenças individuais ou circunstâncias especiais" (cf. MORENO, Cláudio. Texto disponível em: <www.sualingua.com.br/02/02_alusao2.htm>. Acesso em: 22 jun. 2006). A expressão aqui é utilizada em homenagem ao Dr. Lauro Ribeiro Escobar Júnior, Eminente Juiz de Direito da 2ª Auditoria de

Justiça Militar do Estado de São Paulo, que, em suas profícuas falas, sempre recorre ao exemplo em tela no intento de exaltar um Direito Penal Militar consentâneo com o Estado Democrático de Direito.

[1448] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., 2009, p. 42.

[1449] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., 2009, p. 684.

[1450] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1451] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 366.

[1452] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 2, p. 367.

[1453] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 1, p. 356.

[1454] MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*, cit., p. 38.

[1455] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 370.

[1456] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 325.

[1457] GRECO, Rogério. Op. cit., p. 329.

[1458] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1459] Cf. GRECO, Rogério. *Código penal comentado*, cit., 2009, p. 329.

[1460] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 380.

[1461] JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 472.

[1462] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 382.

[1463] Também no sentido de a embriaguez não afastar o delito, *vide* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 382.

[1464] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 489-490.

[1465] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1466] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 388.

[1467] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 2, p. 387.

[1468] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 1176.

[1469] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 392.

[1470] Cf. GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 558.

[1471] HUNGRIA, Nélson. Apud GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Op. cit., p. 560.

[1472] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 1179.

[1473] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 560.

[1474] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 210.

[1475] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 211.

[1476] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1477] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 571.

[1478] DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*, cit., p. 323.

[1479] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 1196.

[1480] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., 2007, p. 50.

[1481] PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 66-67.

[1482] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2, p. 441.

[1483] SOLER, Sebastian. Conceito e Objeto do Direito Penal, *in Revista de Direito Penal* n. 4, out./dez. 1971. Rio de Janeiro: Borsoi, p. 33.

[1484] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2, p. 441.

[1485] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 1199.

[1486] Nesse sentido MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 1072. Ainda na mesma linha BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 414.

[1487] PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da Busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 66-67, nota de rodapé 33.

[1488] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 2, p. 421-422.

[1489] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 1, p. 356.

[1490] MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*, cit., p. 38.

[1491] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37.

[1492] ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar:* parte geral, cit., p. 115.

[1493] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal:* parte geral, cit., 2002, v. 1, p. 208.

[1494] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 54.

[1495] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 439.

[1496] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 346. No mesmo sentido, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, cit., v. 3, p. 376-377.

[1497] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, cit., p. 38.

[1498] SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. São Paulo: Forense, 2007, p. 73.

[1499] DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal:* tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008, p. 107.

[1500] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2006, p. 647.

[1501] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 437.

[1502] Para Cezar Roberto Bitencourt há aqui um elemento normativo especial da ilicitude (*Tratado de direito penal*, cit., v. 2, p. 438).

[1503] Cf. ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 497.

[1504] ALMEIDA, André Vinicius de. *Interceptação das comunicações*

telefônicas no direito penal militar. Disponível em: <www.tjmsp.jus.br/exposicoes/art012.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

[1505] Nesse sentido *vide* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 439-440. Ainda nesse sentido SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 395.

[1506] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 442.

[1507] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, cit., p. 38.

[1508] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 458.

[1509] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2009, p. 701.

[1510] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 603.

[1511] DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal:* tipo processual, provas típicas e atípicas, cit., p. 107.

[1512] ALMEIDA, André Vinicius de. *Interceptação das comunicações telefônicas no direito penal militar*. Disponível em: <www.tjmsp.jus.br/exposicoes/art012.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

[1513] Idem, ibidem.

[1514] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 604.

[1515] GRECO, Rogério. Op. cit., p. 604.

[1516] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 2, p. 458.

[1517] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., 1980, v. 2, p. 197.

[1518] "Art. 9o A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas."

[1519] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 95.

[1520] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 902.

[1521] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 1751.

[1522] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 96.

[1523] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 906.

[1524] Cf. GRECO, Rogério. Op. cit., p. 910.
[1525] GRECO, Rogério. Op. cit., p. 901.
[1526] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 141.
[1527] Alguns autores já defendiam a relativização da presunção de violência no Código Penal comum. Por todos, *vide* JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 141.
[1528] LIMA, David Alves de Souza, MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A liberdade sexual da pessoa alienada ou débil mental. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.14, n. 164, p. 15, jul. 2006.
[1529] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 141.
[1530] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 100.
[1531] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar:* comentários – doutrina – jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores, cit., p. 185.
[1532] Nas Escrituras Sagradas, Potifar era um eunuco e general do exército egípcio que comprou José, filho de Jacó, como escravo. José foi assediado pela mulher de Potifar, que passou a seduzi-lo, convidando-o a com ela se deitar, o que foi veementemente recusado por José. O assédio continuou até que um dia a mulher de Potifar conduziu mais uma investida e, com a fuga de José, ela o segurou pela capa, que ficou em sua mão, passando, em seguida, a gritar, o que fez com que os homens da casa a ela chegassem, exibindo a capa de José como prova de que ele a havia tentado seduzir para praticar a traição. A história foi repetida a Potifar, com sua chegada em casa, que foi tomado por ira, enviando José para a prisão.
[1533] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 907.
[1534] GRECO, Rogério. Op. cit., p. 906.
[1535] MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2009, v. 2, p. 382.
[1536] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 102.
[1537] JESUS, Damásio E. de. Op. cit., v. 3, p. 103.
[1538] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 916.

[1539] Nesse sentido, GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 917.

[1540] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 104.

[1541] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 907.

[1542] SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 528.

[1543] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 122.

[1544] Em sentido contrário, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 56.

[1545] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 937.

[1546] SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*, cit., p. 529.

[1547] "Inclui-se entre os crimes sexuais nova figura: a pederastia ou outro ato de libidinagem, quando a sua prática se der em lugar sujeito à administração militar. É a maneira de tornar mais severa a repressão contra o mal, onde os regulamentos disciplinares se revelarem insuficientes."

[1548] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 514.

[1549] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 102.

[1550] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1551] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 1922.

[1552] Nesse sentido, MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 1931.

[1553] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 178.

[1554] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1555] Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 182.

[1556] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., 2004, p. 124.

[1557] FIUZA, César. *Direito civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 197.

[1558] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 7, p. 17.

[1559] FIUZA, César. *Direito civil*, cit., p. 752-753.

[1560] Nesse sentido, César Fiuza expõe: "Mas, afinal, que teoria adota o Código

Civil Brasileiro? O art. 1.196 diz considerar-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes da propriedade. Vimos que os poderes inerentes à propriedade são os de usar, fruir, dispor e reivindicar. O exercício de qualquer que seja acarretará posse. Claro está, pois, que a teoria adotada é a de Jhering, muito mais adequada ao tráfego negocial contemporâneo" (Op. cit., p. 865).

[1561] FIUZA, César. Op. cit., p. 861.

[1562] FIUZA, César. Op. cit., p. 862.

[1563] FIUZA, César. Op. cit., p. 863.

[1564] A adoção da distinção calcada em Iehring não é uníssona. Há autores que, aparentemente, preferem a teoria de Savigny, com a prevalência do *animus*, em uma teoria subjetivista. Por essa visão, a posse partiria do *corpus*, mas se consagraria com a atuação do possuidor em ter a coisa como dono, ou seja, a prevalência do *animus*. Por essa visão, a detenção seria o pressuposto para a posse, coincidindo com seu aspecto físico, ou seja, o *corpus*. Nesse sentido, *vide* Mirabete: "[...]. A rigor, a detenção é um dos elementos constitutivos da posse, como ensina Washington de Barros Monteiro. A detenção significa o *corpus* (fato material), e, para haver posse, é necessário o ânimo de ter a coisa como própria ou em nome alheio (*animus*)" (MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal*, cit., 2009, p. 247).

[1565] GRECO, Rogério. *Código Penal interpretado*, cit., 2009, p. 368.

[1566] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2010, v. 3, p. 31.

[1567] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1568] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2009, p. 705.

[1569] GRECO, Rogério. *Código Penal interpretado*, cit., 2009, p. 366.

[1570] Para ver o valor atual do salário mínimo no Brasil, recomenda-se consulta ao *site* <www.portalbrasil.net/salariominimo.htm>.

[1571] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 537.

[1572] Cf. GRECO, Rogério. *Código Penal interpretado*, cit., 2009, p. 371.

[1573] Cf. GRECO, Rogério. Op. cit., 2008, p. 627.

[1574] Cf. GRECO, Rogério. Op. cit., 2009, p. 373-374.

[1575] Idem, ibidem.

[1576] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2009, p. 711.

[1577] GRECO, Rogério. *Código Penal interpretado*, cit., 2009, p. 369.

[1578] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2006, p. 469.

[1579] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1580] *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=lugar&stype=k>. Acesso em: 15 mar. 2010.

[1581] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1582] GRECO, Rogério. *Código Penal interpretado*, cit., 2009, p. 366.

[1583] Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2010, v. 3, p. 99.

[1584] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2009, p. 720.

[1585] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 388.

[1586] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 392.

[1587] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2010, v. 3, p. 119.

[1588] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2009, p. 726.

[1589] Frise-se que no CPM a pena abstratamente prevista para o roubo é de reclusão de quatro a quinze anos.

[1590] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2009, p. 726.

[1591] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 722.

[1592] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 392.

[1593] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1594] HUNGRIA, Nélson. Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2010, v. 3, p. 135.

[1595] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 3, p. 131.

[1596] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1597] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., 1992, v. 2, p. 324.

[1598] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 115.

[1599] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., v. 3, p. 86.

[1600] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., 1992, v. 2, p. 325.

[1601] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1602] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1603] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 131.

[1604] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 131-132.

[1605] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1606] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., 1967, v. 7, p. 139.

[1607] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 438.

[1608] GRECO, Rogério. Op. cit., p. 442.

[1609] MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, cit., v. 2, p. 247-248.

[1610] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 204.

[1611] Para ver o valor atual do salário mínimo no Brasil, recomenda-se consulta ao *site* <www.portalbrasil.net/salariominimo.htm>.

[1612] FIUZA, César. *Direito civil*, cit., 2009, p. 567.

[1613] Dispositivo do CP correspondente ao inciso I do parágrafo único do art. 248 do CPM.

[1614] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 201.

[1615] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p.

203.

[1616] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 439.

[1617] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1618] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 454.

[1619] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 455.

[1620] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1621] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 228.

[1622] Com essa visão, *vide* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 233.

[1623] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2009, p. 755-756.

[1624] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 234.

[1625] STJ, Súmula 17: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

[1626] Nesse sentido, *vide* CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, cit., 2003, v. 1, p. 75.

[1627] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 308.

[1628] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 234.

[1629] FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de direito penal:* parte especial, Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 1, p. 452.

[1630] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal:* parte especial, cit., 1979, v. 2, p. 287.

[1631] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 11.

[1632] FIUZA, César. *Direito civil*, cit., 2009, p. 747.

[1633] FIUZA, César. Op. cit., p. 504.

[1634] FIUZA, César. Op. cit., p. 522.

[1635] FIUZA, César. Op. cit., p. 931.

[1636] FIUZA, César. Op. cit., p. 937.

[1637] Cf. FIUZA, César. Op. cit., p. 944.

[1638] ASSIS, Jorge César. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 571.

[1639] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 242.

[1640] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 463.

[1641] GRECO, Rogério. Op. cit., p. 464.

[1642] Também conhecido por cheque *pré-datado*.

[1643] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 246.

[1644] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 574.

[1645] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 460.

[1646] GRECO, Rogério. Op. cit., p. 466.

[1647] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1648] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 258-259.

[1649] Nesse sentido, ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 576.

[1650] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 261.

[1651] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1652] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 307-308.

[1653] Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 3, p. 310-311.

[1654] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 830.

[1655] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*, cit., p. 50.

[1656] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 833. Ainda nessa linha, *vide* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 1674.

[1657] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1658] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1659] HUNGRIA, Nélson. Apud GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 687.

[1660] GRECO, Rogério. Op. cit., p. 687.

[1661] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1662] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., 1992, v. 2, p. 339.

[1663] Nesse sentido, GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 698.

[1664] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1665] Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., 1992, v. 2, p. 341.

[1666] Cf. GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 705.

[1667] Cf. GRECO, Rogério. Op. cit., p. 705.

[1668] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1669] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., 1999, p. 395-396.

[1670] Apud ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 592.

[1671] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1672] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., 2004, p. 444.

[1673] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1674] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., 2004, p. 448.

[1675] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1676] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., 2004, p. 450.

[1677] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1678] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 601.

[1679] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1680] SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 574.

[1681] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1682] Cf. SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*, cit., p. 576.

[1683] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*, cit., 2010, p. 137.

[1684] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1685] MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, cit., v. 3, p. 66.

[1686] Idem, ibidem.

[1687] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1688] ASSIS, Jorge César. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 608.

[1689] RODITI, Itzhak. *Dicionário Houaiss de Física*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 124.

[1690] Idem, ibidem, p. 190.

[1691] Idem, ibidem, p. 191.

[1692] Cf. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Radia%C3%A7%C3%A3o_ionizante>. Acesso em: 17 dez. 2010.

[1693] Conceito extraído de <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=radioatividade>. Acesso em: 17 dez. 2010.

[1694] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1695] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1696] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1697] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1698] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1699] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1700] Note-se que a Lei n. 9.503/97 é anterior à Lei Complementar n. 95/98; portanto, a revogação, na época, não carecia ser expressa.

[1701] Op. cit., p. 180.

[1702] *Vide* ainda o art. 8º, n. 2, *g*, da Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de São José da Costa Rica"), assinado e ratificado pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992.

[1703] JESUS, Damásio E. de. Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do "bafômetro". *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, ano 3, n. 2, p. 57, jul./dez. 2004.

[1704] *Vide* ainda TJMRS, Ap. Crim. 2.949/97, rel. Juiz Cel. Antônio Codorniz de Oliveira Filho, j. em 2-4-1997. Também nesse sentido *vide* Célio Lobão Ferreira, apud ASSIS, Jorge César. *Comentários ao Código Penal Militar,* cit., v. 2, p. 126.

[1705] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1706] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1707] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1708] Cf. ASSIS, Jorge César de. Op. cit., p. 281.

[1709] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1710] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1711] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1712] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como

civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1713] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1714] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1715] ESTEFAM, André. *Direito penal:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81-82.

[1716] *Legislação penal especial*. São Paulo: Premier Máxima, 2005, v. 1, p. 142-144.

[1717] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz e FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., v. 1, p. 144.

[1718] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz e FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., v. 1, p. 133.

[1719] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz e FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., v. 1, p. 133.

[1720] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1721] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, cit., p. 119.

[1722] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1723] Op. cit., p. 119.

[1724] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1725] Nesse sentido, *vide* ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 645.

[1726] Nesse sentido, *vide* ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 646.

[1727] Exceto o militar da reserva não remunerada, como já afirmamos.

[1728] Com a ressalva de que o civil somente poderá perpetrar este delito em âmbito federal, por incompetência absoluta das Justiças Militares Estaduais em julgar pessoas que não sejam militares dos Estados (art. 125, § 4º, da CF). Para nossa compreensão, ademais, deve-se

ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1729] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 546.

[1730] CALHAU, Lélio Braga. Apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., v. 4, p. 546.

[1731] Em tempo de guerra ainda há a possibilidade de postos superiores aos consignados: na Marinha, o Almirante; no Exército, o Marechal; na Aeronáutica, o Marechal do Ar.

[1732] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 794.

[1733] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., 2004, p. 209.

[1734] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1735] CALHAU, Lélio Braga. Apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 546.

[1736] ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar:* parte geral, cit., 1994, p. 84.

[1737] LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, cit., p. 43.

[1738] Embora se faça menção à data de 8 de dezembro de 2004, no *site* oficial da Presidência da República (www.planalto.gov.br), a Emenda Constitucional n. 45 está datada de 30 de dezembro de 2004.

[1739] Nesse sentido, *vide* FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 158.

[1740] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 546.

[1741] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 794.

[1742] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., 2004, p. 209.

[1743] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1744] CALHAU, Lélio Braga. Apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 546.

[1745] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., v. 4, p. 546.

[1746] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 794.

[1747] LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, cit., 2004, p. 209.

[1748] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1749] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 537.

[1750] Idem, ibidem.

[1751] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 539.

[1752] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1753] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1754] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., 1959, v. 9, p. 340.

[1755] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 412-413.

[1756] Curiosamente, o art. 350 do Código Penal comum de 1969 – Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, revogado antes de sua entrada em vigor – previa a figura do peculato de uso com a seguinte redação: "Usar, para fins alheios ao serviço, ou permitir que outrem, indevidamente, faça uso de veículos ou qualquer outra coisa infungível de não pequeno valor, que, pertencente à administração pública ou sob sua guarda, lhe tenha sido entregue em razão do cargo". A pena cominada era de detenção, até um ano, ou pagamento não excedente a vinte dias-multa.

[1757] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 1, p. 300-301.

[1758] Cf. JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*, cit., p. 312.

[1759] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1760] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 416.

[1761] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1762] ROCHA, Abelardo Julio da. Concussão: uma desonra em forma de delito na polícia militar. *Revista Direito Militar*, n. 38, p. 81, abr./jun. 2003.

[1763] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 447.

[1764] MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, cit., v. 3, p. 282.

[1765] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 448-449.

[1766] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como

civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1767] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 448-449.

[1768] MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, cit., v. 3, p. 282.

[1769] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1770] ASSIS, Jorge César. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 674.

[1771] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1772] FARIAS, Honazi de Paula. Diferenças existentes entre o crime de concussão e corrupção praticado por militar do Estado em razão da função. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 902, 22 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7668>. Acesso em: 30 jul. 2010.

[1773] Processo n. 009/2.03.0000230-2, da Comarca de Carazinho/RS, sentença prolatada pelo Juiz Orlando Faccini Neto, em 21 de dezembro de 2004.

[1774] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1775] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, cit., 2009, p. 1034.

[1776] Processo n. 49.766/07, 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo.

[1777] Cf. ASSIS, Jorge César. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 255.

[1778] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1779] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 4, p. 321.

[1780] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 298.

[1781] Cf. PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., 2001, v. 4, p. 147.

[1782] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, cit., 2009, v. 4, p. 321-322.

[1783] Idem, ibidem, p. 325.

[1784] STJ, Súmula 17: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".

[1785] Nesse sentido, *vide* CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, cit., 2003, v. 1, p. 75.

[1786] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 308.

[1787] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1788] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., 1959, v. 9, p. 272.

[1789] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 2221.

[1790] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1791] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1792] Cf. JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*, cit., p. 856.

[1793] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1794] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 298.

[1795] Cf. PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., 2001, v. 4, p. 147.

[1796] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1797] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1798] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1799] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1800] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2005, v. 4, p. 474.

[1801] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 2376.

[1802] MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, cit., v. 3, p. 295.

[1803] CPPM, art. 142: "Não se poderá opor suspeição ao encarregado do inquérito, mas *deverá este declarar-se suspeito* quando ocorrer motivo legal, que lhe seja aplicável". (g. n.)

[1804] O CPPM, no art. 38, *b*, dispõe que o Juiz será suspeito "se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, de um ou de outro, *estiver respondendo a processo por fato análogo*, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia". (g. n.)

[1805] MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, cit., v. 3, p. 295.

[1806] *RTF*, 258/356.

[1807] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1808] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1809] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1810] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1811] Cf. ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 359.

[1812] LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, cit., p. 17-30.

[1813] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19-20.

[1814] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal:* parte geral, cit., 2002, v. 1, p. 10.

[1815] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1816] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1817] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1818] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, cit., v. 3, p. 328.

[1819] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1820] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 720.

[1821] MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, cit., v. 3, p. 317.

[1822] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 720.

[1823] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1824] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 807.

[1825] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 721.

[1826] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1827] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1828] MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, cit., v. 3, p. 309.

[1829] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., 2001, p. 387-388.

[1830] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1831] MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, cit., v. 3, p. 279.

[1832] MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Op. cit., v. 3, p. 279.

[1833] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1834] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1835] MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal*

especial, cit., p. 38.

[1836] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1837] MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, cit., v. 3, p. 295.

[1838] Apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, cit., 2006, v. 4, p. 486.

[1839] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1840] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1841] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1842] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1843] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1844] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2009, p. 807.

[1845] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., 2007, p. 740.

[1846] ASSIS, Jorge César de. Op. cit., p. 741.

[1847] ROTH, Ronaldo João. *Temas de direito militar.* São Paulo: Suprema Cultura, 2004. p. 86.

[1848] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1849] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1850] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1851] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, cit., 2005, p. 2520.

[1852] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*, cit., 2008, p. 502.

[1853] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*, cit., 2005, p. 1138-1139.

[1854] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1855] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1856] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1857] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1858] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1859] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1860] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1861] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1862] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1863] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1864] Para nossa compreensão, ademais, deve-se ter o militar federal como civil em face da Justiça Militar Estadual.

[1865] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, cit., v. 3, p. 440.

[1866] Cf. ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*, cit., p. 432.